جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

الصورية في التعاقد
" دراسة مقارنة "

إعداد
عرفات نواف فهمي مرداوي

إشراف
الدكتور يوسف شندي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2010

الصورية في التعاقد
" دراسة مقارنة"

إعداد
عرفات نواف فهمي مرداوي

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 11 /2010/3 وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
1. الدكتور يوسف شندي	مشرفا ورئيسا	....
2. الدكتور خالد تلاحمه	ممتحنا خارجيا	....
3. الدكتور علي السرطاوي	ممتحنا داخليا	....

الإهداء

إلى الجنود المجهولين الذين عشت بينهم
وكانوا حراساً لي وللعلم على حدٍ سواء

إلى من علمتني الكلمات الأولى إلى أمي

إلى من جعلني أتذوَّق رغد الحياة والعيش إلى أبي

إلى إخوتي وأخواتي وإلى رفيقة دربي

إلى أساتذتي وزملائي الذين يحتلون
زاوية ما في خلدي وفي ذاكرتي

لهم جميعاً كل الحب والتقدير والاحترام

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور يوسف شندي الذي كان مهندسي ومشرفي الذي كان يجمع فسيفساء كلماتي ليصنع منها لوحة علمية ظهرت فيها بصمات الخبير والمبدع والمشرف والأب والأخ مع كل الامتنان والعرفان على هذا الجهد والعمل مع التقدير والاحترام، كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من ساعدني على إنجاح هذا العمل المتواضع وأخص بالذكر الدكتور أكرم داوود عميد كلية الحقوق في جامعة النجاح الوطنية.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

الصورية في التعاقد
"دراسة مقارنة"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص ، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced , is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name : | **اسم الطالب:**

Signature : | **التوقيع:**

Date : | **التاريخ:**

فهرس المحتويات

الصورية في التعاقد

"دراسة مقارنة"

اعداد

عرفات نواف مرداوي

اشراف الدكتور

يوسف شندي

الملخص

هدفت الدراسة إلى الوقوف على الآثار القانونية التي ترتبها التصرفات الصورية في الفقه والقضاء، وقد تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن في إعدادها. فعمد الباحث إلى تحليل عدد من النصوص القانونية الواردة في عدد من التشريعات العربية خصوصا في الأردن ومصر، للوقوف على توجهاتها حول الموضوع واستنباط المعايير التي اعتمدتها في بيان الآثار القانونية للصورية.

ثم تعرض الباحث لرأي الفقه في الحالات التي لم ينص عليها القانون متحرياً الاعتبارات التي استند إليها كل اتجاه في بيان الآثار التي تترتب على ذلك. كما بيّن الباحث أيضاً، موقف القضاء العربي من الصورية والآثار التي تترتب عليها على الرغم من صعوبة الوصول إلى القرارات التي تتعلق بهذا الموضوع، مظهراً الأساس التي اعتمدت عليه المحاكم في اتخاذ هذه القرارات.

وأظهرت الدراسة في النهاية أن بيان الآثار التي تترتب على الصورية – رغم صعوبته – هو أمر في غاية الأهمية، إذ يترتب عليه معالجة الثغرات الواردة في النصوص القانونية التي تتعلق بالصورية، ولم يتحيز الباحث إلى رأي فقهي معين، ولكنه بيّن ميزات وعيوب كل منها، متحرياً جانب العدالة، وحق الأطراف المسبق في معرفة الآثار القانونية التي تترتب على التصرفات التي يجرونها، والمحافظة على الاستقرار القضائي من خلال عدم تضارب الأحكام القضائية في المسائل المتشابهة. وخلصت الدراسة إلى أنه يجب تعديل النصوص القانونية التي تنظم موضوع الصورية لتلافي العيوب وإزالة الثغرات الواردة فيها.

الصورية في التعاقد

دراسة مقارنة

المقدمة

تقوم العقود كأصل عام على مبدأ الرضائية، والذي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف العقد علـــى إحداث نتيجة معينة. وهذه العقود قد تكون مكتوبة كما هو الحال عند إبرام عقد بيـــع أو إيجـــار لمنزل، وقد تكون شفاهة، كما هو الحال عند شراء كتاب أو فنجان من القهوة. ويترتب على ذلك أنه يجب على كل فرد احترام الالتزامات الملقاة على عاتقه وتنفيذها.

إلا أن المتعاقدين قد يلجئان إلى الصورية من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب، الهدف منه قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع حســب الباعــث علـــى الصورية. مما يعني أننا نكون أمام عقدين أحدهما صوري ظاهر، والآخر حقيقي مستتر. وهــذا يجعلنا نقع في عدة مشاكل، وخاصة إذا لم يكن العقد الحقيقي قد حرر خطياً، وذلك لأنه كمبدأ لا يجوز إثبات صورية العقد الظاهر من قبل المتعاقدين إلا بالكتابة، أما الغير فانه يجوز له إثبـــات صورية العقد بكافة طرق الإثبات.

كذلك الأمر إذا قام أحد الأطراف بإجراء أي تصرف مبني على العقد الصوري، فان مصـــير هذا التصرف يبقى غير مستقر، إلا أن المشرع قد رسم طريقاً من أجل الحفـــاظ علـــى حقـــوق المتعاقدين، والحفاظ على حقوق الغير، وذلك من خلال اللجوء إلى الدعوى الصـــورية والتـــي يستطيع كل صاحب مصلحة رفعها من أجل حماية حقوقه.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذه الدراسة من كثرة العقود الصورية التي تبرم يومياً، ومن كثرة الخلافات التي تنشأ عنها. وهذه الخلافات قد تنشأ بين المتعاقدين أنفسهم، وقد تنشأ بين أحد المتعاقدين والغيـــر، وقد تنشأ بين الغير، وذلك نتيجة لوجود عقدين أحدهما صوري ظاهر للغير، والآخـــر حقيقـــي مستتر عن الغير، وكلاهما يرتب آثاراً قانونية يجب علينا بيانها. كما تكمن أهمية هذه الدراســـة

في البحث عن القرارات القضائية التي تتعلق بالصورية، وفي بيان وجهات النظر الفقهية المختلفة المتعلقة بالصورية.

إشكالية وأسئلة الدراسة:

تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على عدة إشكاليات متعلقة بالصورية، من أهمها عدم وجود تنظيم قانوني يبين أحكام الصورية بشكل دقيق وواضح، حيث أنه وبالرجوع إلى القوانين التي تطرقنا إليها، فإننا لم نجد أن أحكام الصورية قد عولجت بشكل جامع مانع، مما دفع الفقهاء إلى الاجتهاد في الكثير من الأمور التي تتعلق بالصورية، مما جعل كثيراً من قواعدها غامضة، مما يهدد استقرار المعاملات.

كما أن الصورية تثير العديد من الإشكاليات التي ستركز عليها هذه الدراسة منها:- مشروعية الهدف من الصورية أو عدم مشروعيته، وكذلك إثبات الصورية، وتقادم دعواها. وبناءً على ما تقدم، سأبين ما الصورية، وما شروطها، وما أهدافها، وما الآثار التي تترتب عليها، وأخيراً أبين ما الدعوى الصورية؟.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث المتعمق في موضوع الصورية، وذلك من أجل التعرف على ماهية الصورية وأسباب اللجوء إليها، كذلك فان هذه الدراسة تهدف إلى معرفة الأسس التي تقوم عليها الصورية، ومعرفة الشروط التي يجب أن تتوفر فيها، كذلك بيان مشروعية أهداف الصورية أو عدم مشروعيتها، وبيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الصورية وبعض المصطلحات المشابهة، كما تهدف إلى بيان الآثار القانونية التي تترتب على الصورية بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، كذلك بيان الدعوى الصورية وبيان أهميتها، وأخيراً الخروج من هذه الدراسة بتوصيات لمشروع القانون المدني الفلسطيني نتجنب من خلالها التقصير والخلل الوارد في القوانين الأخرى.

منهجية البحث:

اقتضت الضرورة العلمية اعتماد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن في إعداد هذه الدراسة، وذلك من خلال بيان النصوص القانونية التي تعالج موضوع الصورية وتحليلها، وكذلك الأمر مقارنة نصوص القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 التي تعالج موضوع الصورية مع نصوص القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، ومن خلال بيان نقاط الالتقاء ونقاط الاختلاف حول الآثار المترتبة على هذا التصرف وتحليلها. وكذلك اللجوء إلى القرارات القضائية لبيان مفهوم الصورية وبيان شروطها وأحكامها، وكذلك بيان وجهات النظر الفقهية المختلفة حول موضوع الصورية.

الصعوبات التي تواجه البحث:

لقد واجهتني في إعداد هذه الدراسة عدة عقبات أهمها:

- صعوبة الوصول إلى القرارات القضائية المختصة بموضوع الصورية وخاصة العربية.
- قلة المراجع القانونية التي تنظم أحكام الصورية بشكل كامل، لأن معظمها يركز على الدعوى الصورية فقط كإحدى وسائل الضمان العام للدائنين.

الدراسات السابقة:

1- من الدراسات الحديثة التي عالجت موضوع الصورية بحث بعنوان "نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة" والذي كتبه بشار عدنان ملكاوي في دراسات علوم الشريعة والقانون وركز الكاتب من خلاله على صورية العقد، ولكن ليس بشكل كافٍ، وسيتم الاستئناس له في تحليل نظرة المشرع الأردني في تنظيم الصورية ومعرفة آراء الفقهاء في هذا الموضوع[1].

2- كذلك فان القاضي فاروق مرعشي كتب بحثاً بعنوان "الصورية في العقود"، حيث بين مفهوم الصورية وشروطها وأنواعها، كما بين ورقة الضد وشكلها، إلا أن ذلك كان

[1] دراسات، علوم الشريعة والقانون ،المجلد33، العدد2، 2006.

بشكل موجز ومختصر حيث أنه أهمل الكثير من الجوانب التي تدخل في موضوع الصورية كطرق إثباتها وتقادمها وغيرها من الأحكام[2].

3- كذلك المحامي أيمن أبو العيال كتب بحثاً بعنوان " هل تسقط دعوى الصورية بالتقادم". والذي بدوره ناقش مسألة تقادم الدعوى الصورية دون الالتفات إلى الأجزاء الأخرى في موضوع التعاقد الصوري كبيان مفهومه وشروطه وأحكامه[3].

4- لقد ركّز الدكتور محمد حسين منصور في كتابه "النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)" على دعوى الصورية من حيث مفهومها وأنواعها وأحكامها وإثباتها وكذلك مقارنتها مع غيرها، دون أن يوضح الإطار العام للصورية والآثار المترتبة عليها[4].

5- كذلك فإن الدكتور القاضي سامي عبدالله قد تناول موضوع الصورية بشكل مفصل لمعظم جوانبها حيث أنه تناول موضوع الصورية في القانون المدني بالمقارنة مع الفقه الإسلامي في كتابه نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنه)[5].

يتضح من خلال ما تقدم أن هذه الرسالة تتميز عن الدراسات السابقة بأنها ناقشت معظم الجوانب التي تتعلق بالصورية، وركزت على الآثار التي تترتب عليها بدقة أكثر من غيرها.

خطة الدراسة:

سنقوم بدراسة موضوع الصورية في فصلين: نخصص الأول لدراسة ماهية الصورية من خلال بيان مفهوم الصورية وأهدافها، وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة، ونخصص الثاني لدراسة أحكام الصورية من خلال بيان آثار الصورية والدعوى الصورية.

---

[2] مجلة العدالة، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، العدد الرابع والثلاثون، السنة العاشرة، أبو ظبي، 1983

[3] مجلة المحامون، مجلة قانونية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، العددان الخامس والسادس، السنة 67، دمشق، 2002

[4] منصور، محمد حسين: **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**، دون ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006.

[5] عبد الله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، دون ط، بيروت، دون ناشر، 1977.

الفصل الأول

الفصل الأول

ماهية الصورية

دخلت الصورية في معظم التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد يومياً، حيث يلجأ اليها الكثير منهم من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب. ويكون ذلك عندما يتفق أطراف العقد على إبرام عقد معين في صورة عقد آخر كعقد بيع في صورة هبة أو عقد هبه في صورة بيع، ويترتب على ذلك عدة آثار قانونية، منها ما عولجت من قبل بعض التشريعات العربية ومنها ما لم تعالج، الأمر الذي يجعلنا نقوم بمعالجة نصوص **القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948** التي تتعلق بالصورية بشكل أساسي، والالتفات إلى بعض نصوص القوانين العربية والأجنبية بشكل ثانوي. وقد عالج المشرع الأردني موضوع الصورية في المواد (368-369) من القانون المدني، حيث جاء في المادة 368 منه أنه:" 1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"[6].

أما المادة 369 من القانون ذاته فتنص على أنه:" إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"[7].

وبالرجوع إلى هذين النصين، نجد أن المشرع الأردني لم يبين مفهوم الصورية، بل ترك الأمر لاجتهادات الفقهاء، وقد فعل حسناً لأن التعريفات ليست من عمل المشرع، إلا أنه لم يعالج أحكام الصورية بشكل دقيق، مما أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة بهذا الخصوص وتوضيحا لذلك، قمت بدارسة ماهية الصورية في مبحثين: خصص الأول لدراسة مفهوم الصورية، والثاني لدراسة أهداف الصورية وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة.

---

[6] تطابقها المادة 244 من القانون المدني المصري.

[7] تطابقها المادة 245 من القانون المدني المصري.

المبحث الأول

مفهوم الصورية

نتناول تعريف الصورية وشروطها وأنواعها وأهدافها، وذلك في مطلبين: نخصص الأول لدراسة مفهوم الصورية وشروطها، ونخصص الثاني لدراسة أنواع الصورية وأهدافها.

المطلب الأول:تعريف الصورية وشروطها

قمت بدراسة تعريف الصورية وشروطها من خلال تخصيص فرع لكل منهما.

الفرع الأول: تعريف الصورية

أولا: تعريف الصورية في الفقه الإسلامي

رغم معرفة الفقه الإسلامي للصورية، إلا انه لم يضع لها قاعدة عامة، أو تعريفاً جامعاً يضم جميع حالات الصورية. ولكن توجد مجموعة نصوص شرعية واجتهادات فقهية متناثرة، تدور حول فكرة الضمان العام للدائنين وموضوعات أخرى، وعليه قمت بعرض بعض المصطلحات الفقهية التي تجسد بطريقة أو بأخرى حالة الصورية.

1- **الحيل الشرعية:** الحيل جمع حيله، **ومعناها** القدرة على التصرف. **تنقسم الحيل الشرعية إلى قسمين:** حيل شرعية مباحة وحيل محرمة.

الحيل الشرعية المباحة تعني:" هي التصرف المشروع الذي يقصد به التوصل إلي منفعة مشروعة أو دفع ضرر وأقع أو متوقع من غير أن يترتب على ذلك قلب لحكم شرعي. أو تسمي بالمخارج لأنه يقصد بها الخروج من ضيق في المعاملات"[8].

ومثال ذلك أن يؤجر شخص داره ويخشي غيبة المستأجر أو مماطلته فيحتال لحماية حقه بأن يشترط منها كفالة فلان الغني لما يستحق على المستأجر، ويقبل الكفيل. كذلك المرأة التي

[8] هارون، آدم دكم محمد: **التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الاسلامي**، مجلة التنوير، العدد الرابع، نقلا عن: http://tanweer.sdبتاريخ 2010/9/15

تخشي أن يتزوج زوجها عليها فتشترط في العقد أنه إذا تزوج عليها فأمرها بيدها، ويعني ذلك أن التوكيل بالطلاق عُلق على شرط.

الحيل المحرمة: وهي الحيل الّتي تتّخذ للتّوصّل بها إلى محرّم ، أو إلى إبطال الحقوق ، أو لتمويه الباطل أو إدخال الشّبه فيه. وهي الحيل الّتي تهدم أصلاً شرعيّاً أو تناقض مصلحةً شرعيّةً[9]. وهنا يكون التصرف مشروعا من حيث الوسيلة التي يستخدمها المتعاقدان إلا أن القصد من التصرف يكون غير مشروع، ومثال ذلك لو أن شخصا أراد الاقتراض من صاحب محل، فيعرض عليه صاحب المحل أن يشتري سلعة معينة بمقابل معين وفي نفس الوقت يقوم صاحب المحل بشراء السلعة من المشتري بسعر اقل من السعر الذي اشتراه به تحايلا على الشرع من أجل الحصول على الفائدة، فان التصرف في ظاهره هو عقد بيع مشروع إلا انه في الحقيقة عقد قرض بالربا، وتظهر الصورية في أن العقد الحقيقي هو عقد بيع والعقد الصوري هو عقد قرض. وكذلك الحال لو أن أحمد يملك أرضا بجوار سعد، ثم أراد سعد بيع أرضه لأجنبي، فان أحمد له الحق في تملكها بالشفعة بسبب الجوار بشرط دفع الثمن المسمى. فإذا أقر سعد لأجنبي بأن الأرض له ويشهد على ذلك شهودا ثم يعطي الأجنبي الثمن لسعد على سبيل الهبة فهو في ظاهرة إقرار بالملك ولكن في الحقيقة بيع، وبالتالي يعتبر ذلك من قبيل التحايل، فالتصرف الحقيقي هو البيع والتصرف الصوري هو الإقرار بالملك.

2- **بيع التلجئة:** أن يُلجئَكَ الغيرُ إلى أن تأتي أمرًا باطنه خلاف ظاهره، أي أن يُظهر طرفان بيعًا لم يريداه باطنًا, بل خوفًا من ظالم ونحوه دفعًا له, وذلك بأن يتفقا على إظهار العقد, إما للخوف من ظالم ونحوه وإما لغير ذلك, ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعًا بينهما[10].

ويعني ذلك أن بيع التلجئة: هو البيع الذي يجبر عليه الإنسان خوفا من ظالم أو أي سبب ضروري آخر، وهو بيع صوري في ظاهره، ولكن في باطنه يخفي اتفاقاً مخالفاً. وهذا البيع باطل حسب نص المادة 235 من مجلة الأحكام الشرعية المستنبطة من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، حيث ورد فيها : " لا يصح بيع التلجئة فلو أشهد أني أبيعه خوفاً وتقية وباعه كله البيع

[9] النذر، صيام: نقلا عن:http://www.dralsherif.net بتاريخ 2010/9/15

[10] http://ecfatawa.al-islam.com بتاريخ15/ 2010/9

باطل"[11]. والمقصود هنا أن شخصا يخاف على شيء يملكه من شخص ذي قوة أو نفوذ بحيث يستطيع الشخص ذو القوة أو النفوذ إجبار الأول على بيع ما يملك، فان الأول يبرم عقد بيع صوري مع شخص يثق به يكون قادراً على التصدي للشخص ذي النفوذ، وعندما يزول الخطر يعود الحق لصاحبه، فيكون التصرف الصوري في هذا الفرض هو عقد البيع ولكن في الحقيقة لا وجود لعقد البيع.

نخلص مما تقدم إلى نتيجة مفادها: أن الفقه الإسلامي لم يحصر التصرفات التي تحتوي على الصورية تحت إطار شرعي موحد، بل عالج كل حالة على حده، فأصبحت أحكام الصورية متناثرة تحت عدة مفاهيم، لكل منها أحكامه الخاصة. فأباح الفقهاء المسلمون بعض التصرفات التي تندرج تحتها وحرّموا بعضها الآخر. وهنا يُحكم على التصرف بالحلال أو الحرام حسب حكم الشرع له. فعلى سبيل المثال ذكرنا أن الحيل متنوعة، فوجدنا أن الشرع أجاز بعضها وأبطل بعضها الآخر حتى وإن كانت الوسيلة مشروعة إلا أن السبب في بطلان الحيلة، هو أن الغاية منها غير مشروعة.

ثانيا: تعريف الصورية في الفقه الوضعي

أورد الفقه عدة تعريفات للصورية، فعرفها البعض على أنها: " اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار أو مظهر كاذب، سواء أكانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير. فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي، ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصوري، ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي أو ما يسمى بورقة الضد"[12].

[11] مجلة الاحكام الشرعية، المادة 235

[12] الشواربي، عبد الحميد والدناصوري، عز الدين: **المرجع السابق** ، ص.15.

وعرّفها البعض الآخر على أنها:" اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلــك بــأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عــن الغيــر، فتصــرفها الظاهر يكون صوريا، أما تصرفها المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقيا".[13]

فالصورية إذن هي:" وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي علــى هذا النحو تفترض تصرف ظاهر، واتفاق مستتر، ويكون شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثــر للتصرف الظاهر، وإما تعديل بعض أحكامه. ويتعين لتحقيق الصورية أن تتوافر علــى الأقــل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق"[14].

كما عرفت محكمة النقض الفلسطينية الصورية في قرارها رقم 186 لسنة 2004 والصــادر بتاريخ 2005/1/29 بالقول:" الصورية هي إتفاق العاقدين على إخفاء التعاقد الحقيقــي بينهمــا بعقد ظاهر غير حقيقي ويشترط فيها إتحاد العاقدين واتحاد موضوع التعاقد وتــزامن العقــدين الظاهر والمستتر والاتفاق على إخفاء إرادتهما الحقيقية[15]".

رغم تعدد التعريفات الفقهية والقضائية التي تبين مفهوم الصورية، إلا أن هذه التعريفات تتفــق مع بعضها البعض على وجود عناصر أساسية من أجل تحقق الصورية، وهي: وجود طــرفين متعاقدين، ووجود عقدين مختلفين أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري والآخر مستتر وهو العقــد الحقيقي، ويكون العقدان مختلفين من حيث الطبيعة والأركان والشروط، وأن يكون بين العقــدين معاصرة ذهنية. ويجب توافر هذه الشروط في الصورية سواء أكانت مطلقة أو نسبية. فالصورية المطلقة هي التي تلغي كل أثر للعقد الظاهر، أما الصورية النسبية فهي التي تعدل فقط في بعض أحكامه.

---

[13] العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص11.

[14] سلطان، أنور: **أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)**، د. ط، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980، ص152.

[15] المقتفي: **منظومة القضاء والتشريع في فلسطين**، نقض رقم 186 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2005/1/29.

الفرع الثاني: شروط الصورية

اجمع معظم الفقهاء على وجوب توافر عدة شروط للصورية. وهي على النحو التالي:-

أولا: وجود شخصين على الأقل: لا تتحقق الصورية بوجود شخص واحد، وإنما يشترط دائما وجود طرفين على الأقل، وعليه فان الصورية يمكن أن تتحقق في العقود الملزمة لجانب واحد أو الملزمة لجانبين[16]. فالعقد الملزم لجانب واحد يحتوي على طرفين متعاقدين، إلا أن الالتزام يترتب على عاتق أحدهم دون الآخر. ومثال على الصورية في العقود الملزمة لجانب واحد، وديعة في صورة قرض، كشخص يقرض آخر في صورة وديعة، فالعقد المستتر أو الحقيقي هو عقد قرض، والعقد الظاهر هو عقد وديعة. وأما الصورية في العقود الملزمة لجانبين، فيكون عندما يبيع شخص لآخر عقاراً في صورة عقد إيجار، فالعقد الحقيقي هو عقد بيع، والعقد الظاهر أو الصوري هو عقد إيجار.

ثانيا: وجود عقدين: وهما العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين، والعقد الصوري

الظاهر الذي لم تتجه إليه إرادة الأطراف[17]. ومثال ذلك، أن يقوم شخص ببيع أرضه لآخر،

فيذكر في العقد الصوري أن ثمن قطعة الأرض (50000) خمسون ألف دينار أردني، وذلك من أجل منع الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة، في حين أن الثمن الحقيقي للأرض هو (20000) عشرون ألف دينار أردني، وبذلك يكون لدينا عقدان: العقد الحقيقي الذي يبين الثمن الفعلي للأرض، وهو ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، وآخر ظاهر لم تتجه إليه إرادة الأطراف, وهو ما يسمى بالعقد الصوري، إلا انه في التصرف الانفرادي لا يشترط وجود عقدين، وإنما يكفي أن تتجه إرادة الشخص المتصرف بإبرام عقد معين في صورة عقد آخر، كعقد هبة في صورة بيع.

ثالثا: التزامن ما بين العقدين (الصوري والحقيقي): ويعني التزامن بين العقدين أن تتجه إرادة كلا الطرفين إلى إبرام العقد الصوري والعقد الحقيقي معاً، وذلك لكي لا يعتبر العقد الثاني ناسخا للعقد الأول أو مجرد تعديل له. فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف ما ومن ثم اتفقا على تغيير

---

[16] العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد**، مرجع سابق، ص9.

[17] الفار، عبدالقادر: **أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)**، ط 1، الإصدار الثامن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص94.

التصرف الأول أو تعديل شروطه، فإننا لا نكون بصدد صورية، وإنما نكون بصـــدد تصـــرف سابق تعدلت شروطه، أو بصدد اتفاق جديد[18].

ويرى بعض الفقهاء في هذا الجانب" أن المهم هو ليس وجود التعاصر الزمني بـــين العقـــدين, وإنما وجود التعاصر الذهني بينهما، ولذلك تقرر أن العقد محل الدعوى، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، و أن العقد الأخير، وإن وصف بأنه إقالـــة أو تفاسخ، فهو في حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول"[19].

يتفق الباحث والرأي القائل بأن شرط التعاصر الذهني ضروري من أجل تحقق الصـــورية، إذ يجب أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إبرام العقد الحقيقي المخفي بعقد ظـــاهر، ولكـــن ليس من الضروري كتابة العقدين في وقت واحد، وإنما المهم هو اتجاه إرادة الطرفين إلى إبرام عقد حقيقي مخفي بعقد ظاهر، وكتابة العقد الحقيقي إنما هي من أجل الإثبات فقـــط، حيـــث أن المبدأ العام في إثبات الصورية يكون بالكتابة، ومثال ذلك لو أن شخصا باع آخـــر عقـــارا فـــي صورة عقد إيجار، فإنه متى تحققت الصورية يجب أن تتجه نية الأطراف إلى كل مـــن العقـــد الحقيقي المستتر (عقد البيع)، وكذلك إلى العقد الصوري الظاهر (عقد الإيجار) معاً.

رابعا: اختلاف العقدين من حيث الطبيعة والأركان والشروط[20]: قد يكون الاختلاف بين العقدين في جزء معين، وهو ما يسمى بالصورية النسبية، وقد يكون الاختلاف بينهما اختلافاً كلياً وهـــو ما يسمى بالصورية المطلقة. ومثال على الاختلاف الجزئي بين العقدين، أن يتفق شـــخص مـــع آخر على بيع قطعة أرض بمبلغ ثلاثين ألف دينار أردني، على أن يذكر في العقد أن المبلغ هـــو عشرة آلاف دينار أردني. وبذلك يكون الاختلاف بينهما انحصر في جزء معين من العقد وهـــو الثمن، ولا يوجد اختلاف آخر في صيغة العقد أو شروطه، ففي كلتا الحالتين يكون لدينا عقد بيع أرض. وأما المثال على الاختلاف الكلي بين العقدين، يكون عندما يبيع شخص لآخر شقة فـــي

---

[18] العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد**، مرجع سابق، ص99.

[19] دواس، أمين: **أحكام الالتزام**، ط1، رام الله ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، دون سنه، ص89.

[20] السنهوري، عبدالرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني(2)، (نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام)**، المجلد الثاني, د.ط، د.بلد، د.ناشر، د.سنه، ص1077.

صورة عقد إيجار، فان العقد الحقيقي هو عقد بيع والعقد الصوري هو عقد إيجار، والحقيقية أن العقدين مختلفان بشكل كلي من حيث الشروط والأركان والطبيعة.

نخلص من خلال دراسة مفهوم الصورية وشــروطها، أن الصــورية لا تنشــأ إلا باجتمــاع شروطها في آن واحد، وهي: وجود طرفين متعاقدين على الأقل، ووجود عقدين مختلفــين مــن حيث الطبيعة والأركان، كذلك وجود تعاصر زمني أو ذهني بين العقدين، وفــي حــال فقــدان التصرف لأحد الشروط السابقة فان الوصف القانوني له سوف يتغير.

فالصورية تشترط وجود عقدين تكون إرادة الأطراف قد اتجهت لتحقيق نتيجة أحــدهما دون الآخر، ولكن بشرط اختلاف العقدين اختلافاً جزئياً أو كلياً، مع وجود التعاصر الزمني بينهما، ما لم يكن التصرف صادر عن إرادة منفردة، فهذه الشروط الثلاثة تمثل شرطا واحداً، حيث أنــه لا يمكن أن تتحقق الصورية إلا باجتماعها في آن واحد مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يكــون فيها التصرف صادراً بإرادة منفردة. وفي حال اختل أي منها فإننا لا نكون بصدد عقد صوري. فإذا افتقد العقدان شرط الاختلاف بينهما، فإننا نكون بصدد عقد واحد تعددت نسخه، كما انــه إذا لم يكن بينهما تعاصر ذهني، فإن العقد اللاحق يكون بمثابة تعديل للعقد السابق أو إبــرام لعقــد جديد.

وقد اكدت محكمة الاستئناف الفلسطينية ذلك في قرارها رقم 19 لسنة 2004 والصادر بتــاريخ 2004/9/21 بالقول:" يشترط بتحقق الصورية ما يلي: 1. أن يوجد عقدان اتحد فيهما الطرفان والموضوع 2. أن يختلف العقدان من حيث الماهية والشروط 3. أن يكونا متعاصرين بأن يكون أحدهما ظاهرا وهو العقد الصوري والآخر مستترا وهو العقد الحقيقي[21]".

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن هناك اختلافاً جوهرياً بين نوعي الصورية: المطلقة والنسبية، ففي الصورية المطلقة لا يكون للعقد الظاهر وجود قانوني، والعقد الحقيقــي هــو النافــذ بــين المتعاقدين حيث أن نيتهم اتجهت إلى إبرامه، أما في الصورية النسبية فان العقد الظاهر يكون له وجود قانوني، باستثناء جزء معين منه دون سواه، بحيث تبقى أركان العقد الأخــرى صــحيحة ونافذة في مواجهة الجميع. أما الغاية الرئيسية من الصورية فهي تتمثل في إخفاء العقد الحقيقــي

[21] المقتفي: **منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني**، قرار استئناف رقم 19 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2004/9/21

تحت ستار مظهر كاذب. وسيكون الحديث عن أنواع الصورية وأهدافها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: أنواع الصورية

تقسم الصورية إلى قسمين: صورية مطلقة وصورية نسبية.

الفرع الأول: الصورية المطلقة

يمكن تعريف الصورية المطلقة على أنها:" هي التي تتعلق بوجود العقد ذاته، حيث أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، وكذلك الأمر فإن الاتفاق المستتر لا يتضمن عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر، إلا أن الاتفاق المستتر يثبت أن التصرف الظاهر تصرف صوري لا وجود له"[22]. ومثال على الصورية المطلقة عندما يريد شخص أن يتهرب من قيام دائنيه بالتنفيذ على أملاكه، فيقوم ببيع هذه الأملاك بيعاً صورياً إلى آخر يتفق معه على ذلك، وهنا يكتبان عقداً ظاهراً، ويكتبان في الوقت نفسه سنداً مستتراً يدحضان فيه عملية البيع هذه، ويبينان أن هذا البيع لا وجود قانوني له. والسند المستتر هو ورقة الضد.

كما أكدت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1956/6/7 على أن الصورية نوعان، وهي الصورية المطلقة والصورية النسبية[23]. وقد اعتمدت المحكمة على المعيار الموضوعي في تحديد ما إذا كانت الصورية مطلقة أم نسبية. والمعيار الموضوعي أو المادي وفق ما جاء في هذا القرار: هو الذي ينظر فيه إلى محل الالتزام لا إلى أشخاصه. ويوضح الفقه بصدد هذا القرار أن:" العلاقة بين الدائن والمدين ليست علاقة بين شخصين، وإنما علاقة بين

---

[22] سلطان، أنور: **أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)**، مرجع سابق، ص152.

[23] (نقض جلسة 1956/6/7- السنة السابعة ص701) نقلا عن : الشواربي, عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق**، ص22 وجاء فيه أن :" ....الحكم بصورية عقد شراء الطاعنتين الثانية والثالثة **صورية مطلقة**، أما ما =يثيره الطاعنون من أن **الصورية نسبية** ولا تعدو ستر التبرع الذي كان مقصودا ...... **استخلاص موضوعي** يستقيم به قضاء الحكم بصورية عقد شراء الطاعنتين".

ذمتين، ذمة الدائن وذمة المدين، وتحتوي الذمة المالية لكل منهما على مجموعة مـــن العناصـــر الايجابية والسلبية، أي ما على الشخص من ديون وما له من حق"[24].

كما يوضح بعض الفقهاء أيضا:" أن المذهب المادي ينظر إلى محل الالتزام فـــي حـــد ذاتـــه ويعتبره العنصر الأساسي ويجرده من الرابطة الشخصية حتى يصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص المدين ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديـــا العبرة فيه بقيمته المالية"[25].

وبناء على هذا المعيار (الموضوعي أو المادي)، فإن كلاً من طرفي الالتزام له حقوق وعليه واجبات، فالبائع عليه واجب تسليم المبيع وله الحق في استلام الثمن، والمشتري له الحـــق فـــي إستيفاء المبيع وعليه واجب دفع الثمن.

وعنصر الثمن ذو أهمية كبرى في تحديد الصورية، ولكي يكون الثمن حقيقياً لا بد من تـــوافر شروط معينه، من ضمنها أن يكون الثمن جديا ويعني ذلك:" أن يكون الثمن حقيقيا لا صورياً أي أن المتعاقد يرغب في الحصول عليه. والثمن الصوري لا يرغب البائع في الحصول عليه مـــن المشتري إلا انه يذكر في العقد ليظهر التصرف على أنه بيع، ولكن في حقيقة الأمر نكون بصدد عقد هبة مستتر في صورة عقد بيع.

كما يلحق الثمن التافه الثمن الصوري لأنه يكون زهيداً وغير متناسب مع قيمة المبيع، إلا أن البائع يحصل عليه فعلاً، ومثال ذلك لو باع شخص إلى آخر قطعة أرض بخمسين ديناراً وقيمتها الحقيقية خمسون ألف دينار، فإن الثمن يكون تافها غير متناسب مـــع الـــثمن الحقيقـــي لقطعـــة الأرض.

---

[24] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد: **شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص18.

[25] الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**، ط 1، عمان، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، 2001.

أما الثمن البخس فهو ثمن جدي يرغب البائع في الحصول عليه، ولكنه لا يساوي قيمة المبيع، إلا أننا نكون بصدد عقد بيع. "[26]. ومثال ذلك لو أن شخصاً باع قطعة أرض بخمسة وعشرين ألف دينار أردني وقيمتها الحقيقية هي خمسون ألف دينار أردني، فان الثمن هنا يكون جديا ولكنه بخس.

ويتضح لنا من ذلك أن الثمن يلعب دوراً هاماً في تحديد الصورية فقد يكون الثمن الوارد في العقد متناسباً مع قيمة المبيع إلا أن البائع لا يرغب في قبضه، وقد يرد في العقد ولكن يكون زهيداً أي أنه غير متناسب على الإطلاق مع قيمة المبيع ولكن يرغب البائع في قبضه.

وفي كلتا الحالتين يعتبر الثمن صورياً مما يغير الوصف الحقيقي للتصرف، فإذا وصف التصرف بأنه عقد بيع وكان الثمن متناسباً مع قيمة المبيع إلا أن البائع لا يريد قبضه، أو أن الثمن الوارد في العقد كان زهيداً ولكن البائع يريد قبضه، فإن الوصف الحقيقي للتصرف يكون عقد هبه إذا انطبقت شروطه، أما إذا كان الثمن بخساً فإن الوصف الحقيقي للعقد يكون بيعاً.

أما المعيار الشخصي فيُنظر فيه إلى نية المتعاقد، فإذا كانت نيته البيع، يكون العقد بيعاً بصرف النظر عن القيمة، حتى لو كان الثمن تافهاً. أما إذا كانت نيته التبرع، فيؤخذ بالهبة حتى لو كان الثمن جدياً ومقارباً في قيمته للمبيع، أو إذا كان يزيد عن قيمته الحقيقية. مما يعني أن هذا المعيار لا ينظر إلى الالتزامات المتقابلة بين الأطراف، وإنما ينظر إلى نية الأطراف، هل اتجهت إلى إبرام هذا العقد، أم أن هذا العقد صوري يخفي عقداً آخر.

وبناءً على ما تقدم فان الباحث يرى أن المعيار الموضوعي أفضل من المعيار الشخصي في تقدير الصورية، وذلك أن المعيار الموضوعي يتعامل مع وقائع مادية يسهل إثباتها، في حين أن المعيار الشخصي يتعامل مع وقائع غير ملموسة من الصعب إثباتها. كما أن المعيار الموضوعي ينظر إلى محل الالتزام، ومن ثم يتم تحديد ما إذا كان العقد صورياً أم حقيقياً، في حين أن المعيار الشخصي ينظر إلى نية المتعاقدين من أجل تحديد ما إذا كان العقد صورياً أم حقيقياً، الا انه وبالرجوع الى المادة (3) من مجلة الاحكام العدلية والتي جاء فيها:" العبرة في العقود

---

[26] الفتلاوي، صاحب والفضل، منذر: **شرح القانون المدني (العقود المسماة)**، د.ط، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص81.

للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني"[27]، نجد انه عند ابرام العقد لا ينظر للالفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، وانما ينظر الى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الالفاظ الا قوالب للمعاني. ومع ذلك فانه ما لم يتعذر التأليف بين الالفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز الغاء الالفاظ"[28].

الفرع الثاني: الصورية النسبية

الصورية النسبية هي التي تتحقق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي، أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصية أحد أطرافه، مما يعني أن الصورية النسبية تنصب على جزء معين من العقد الحقيقي دون غيره[29]. وبناء عليه فإن الصورية النسبية تقسم إلى عدة أقسام وهي على النحو التالي:

1- **الصورية بطريق التستر:** وهي التي تتناول نوع العقد ولا تتناول ذاته[30].

ومثال ذلك هبة في صورة بيع، أو البيع في صورة هبة، ففي الحالة الأولى الهبة هي العقد المستتر، والبيع هو العقد الظاهر، والعكس صحيح في الحالة الثانية.

2- **الصورية بطريق التسخير:** لقد منع المشرع بعض الأفراد من التعاقد أو التملك بأسمائهم. ومع ذلك فقد يلجأ الأفراد إلى طرق احتيالية يستطيعون من خلالها التغلب على المنع القانوني، بحيث يكلف الشخص الممنوع من الشراء شخصا يثق به بإبرام عقد البيع مع البائع لحسابه. ومثال ذلك منع القضاة من شراء الحقوق المتنازع عليها التي تدخل في إختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها وظائفهم، سواء تم هذا الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار[31].

---

[27] مجلة الاحكام العدلية

[28] حيدر، علي، تعريب الحسيني، فهمي: درر الحكام (**شرح مجلة الأحكام**)، د.ط، حيفا، المطبعة العباسية،1925، ص18

[29] العدوي، جلال علي: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**، د.ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، د. سنه، ص 210.

[30] الحلالشه، عبد الرحمن احمد جمعة: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (آثار الحق الشخصي) – أحكام الالتزام**، ط1، عمان/الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، ص159.

[31] الذنون، حسن علي والرحو، محمد سعيد: **الوجيز في النظرية العامة للالتزام (الجزء الثاني أحكام الالتزام)**، ط1، الأردن- عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2004، ص125.

وقد نصت المادة 471 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على ذلــك بـــالقول انه:" لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين ولا لكتبة المحـــاكم ولا المحضـــرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا"[32]. كما أن المشرع الأردني قد منع شراء النائب عن غيره وشراء الوسيط أو الخبير باسم مستعار، الأموال التي عهد إليهم بيعها، حيث نصت المادة 548 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 انه:"لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من السلطة المختصـــة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما أنيط به بمقتضى هـــذه النيابـــة وذلك مع مراعاة أحكام الأحوال الشخصية". كما نصت المادة 549 منه على مايلي:" لا يجـــوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الأموال التي عهد إليهم في بيعها."[33]

والغاية من هذا المنع هي حماية حقوق الموكل، لأن الوكيل يكون مطلعاً على جميع الظـــروف والإجراءات التي تتم فيها عملية البيع والشراء، فيستغل ذلك من أجل تحقيق مصلحة شخصـــية، مما يؤدي إلى إضاعة الفرصة على الموكل في تحقيق مكسب معين، أو محاباة الوكيـــل لنفســـه وبيع ما وكل به لنفسه بسعر بخس، إلا انه يجوز أن يبيع النائب لنفسه إذا أجاز ذلك الأصيل.

3- **الصورية بطريق المضادة:** إن هذا النوع من أنواع الصورية لا يتعلق بأشخاص العقـــد ولا بوجوده وتكييفه وإنما يتعلق بشرط من شروطه أو ركنٍ من أركانه. ومثال ذلك أن يشتري شخص أرضاً فيذكر في عقد البيع ثمناً أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه، وذلك للتهـــرب من رسوم التسجيل، أو أن يبيع أرضاً فيذكر في العقد ثمناً أكثر من الثمن الحقيقي المتفـــق عليه، وذلك للتهرب من ممارسة الشفيع لحقه بالشفعة.

---

[32] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة1948.

[33] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

المبحث الثاني

أهداف الصورية وتمييزها عن غيرها

يوجد عدة أهداف للصورية فمنها ما هو مشروع، ومنها ما هو غير مشروع، لذا فإننا سنقوم بمناقشة كل منها على حده والتعليق عليها في المطلب الأول من هذا المبحث، كما سنقوم في المطلب الثاني بتمييز الصورية عن بعض المصطلحات المشابهة لها.

المطلب الأول: أهداف الصورية

قد تكون أهداف الصورية مشروعة وقد تكون غير مشروعة: وهنا لا يتعلق الأمر بأشخاص العقد وإنما يتعلق بالباعث أو الغرض من الصورية، فقد يكون الباعث مشروعاً وقد يكون غير مشروع[34]. ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يشتري أرضا من آخر ولكنه اعتقد لظروف خاصة أن البائع سوف يرفع الثمن عليه، إذا ظهر بنفسه في العقد، فقام بالاتفاق مع شخص آخر ليشتري له هذه الأرض ثم يردها عليه، فهنا يكون الباعث على الصورية شريفا ومشروعا. في حين أن الصورية غير المشروعة هي التي يكون الباعث أو الغرض منها غير مشروع، كالغش نحو القانون، والتحايل على أحكامه الآمرة والمتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والإضرار بحقوق الغير أو الغش نحو الخزانة العامة[35].

يتضح لنا مما تقدم أن الفقهاء قسموا أهداف الصورية إلى مشروعة وغير مشروعة بناء على السبب الباعث إلى التعاقد. والمقصود بالباعث إلى التعاقد هو السبب غير المباشر المقصود منه أو الدافع للتعاقد. ويشترط فيه أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا، لأنه يعتبر ركن من أركان العقد. ويفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من السبب وهي:

1- **السبب المنشىء ويعني:** السبب الذي أدى إلى نشوء الالتزام، أي مصادر الالتزام، وهي: العقد والتصرف الانفرادي والفعل الضار والفعل النافع والقانون". وهذا النوع لا علاقة له بالموضوع.

---

[34] المرجع السابق، ص79.

[35] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، د.ط، مصر، مطبعة نهضة مصر، د.س، ص102.

2- **السبب القصدي وهو:**" الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه، وهو يقدر بمعيار موضوعي، وهو دائما مشروع، وهو لا يتغير من عقد لآخر بمعنى أن كل طائفة معينة من العقود لها سببٌ تقوم عليه. فمثلا في عقد البيع يكون التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه".

3- **السبب الدافع:** هو شخصي يُنظر فيه إلى الحق نفسه، فقد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع، وهو متغير ويختلف من عقد لآخر"[36]. ومثال ذلك أن يستأجر شخص بيتاً للسكن، فإن السبب الدافع مشروع، ولكن قد يستأجره آخر لعمله وكراً لتزييف العملة أو للعب القمار، فيكون السبب الدافع غير مشروع. وهذا النوع هو الذي يرتكز عليه القضاء والفقه من أجل معرفة الهدف من الصورية سواء كان مشروعاً أم لا. وبناء على ذلك سوف نضرب عدة أمثلة على الصورية المشروعة وأخرى على الصورية غير المشروعة، وهي على النحو التالي:

أولا: أمثلة على الصورية المشروعة

1- لو أن شخصاً يريد أن يميز أحد أبنائه بشيء من ماله أكثر من إخوته بسبب ما يتمتع به من جد واجتهاد في تكوين ثروته، فيعمل له عقد هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته. كذلك إذا أراد الأب أن يميز أحد أبنائه بإعطائه هبة في حدود النصاب الجائز التصرف فيه بالهبة، نتيجة لعاطفة شريفة، فيقوم ببيع المال إلى صديق وسيط بيعاً صورياً، خوفاً من أن يثير ذلك الحقد والحسد بين أفراد الأسرة، ولكن يكتب بينه وبين صديقه ورقة ضد تفيد بأن البيع صوري، وأن الصديق لم يكن إلا وسيطا مكلفا بتوصيل هذا المال إلى ابنه بطريق الهبة[37].

إلا أن بعض الفقهاء يرو عدم مشروعية هذا التصرف، ودعّموا ذلك بالقول:" إن الأب يستتر تحت تصرف صوري، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة، ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا كنا في مأمن من معرفة بقية الأسرة بهذا التصرف، والغالب أنهم يضطلعون على حقيقته، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وعادة ما ينجحون في إثبات صورية هذا التصرف، ثم

---

[36] الفار، عبدالقادر: **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص90.

1- د.عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص219.

يأتي ما كان الأب يخشاه منذ البداية، فتكون البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة قائمة، بعد أن كان خطراً يرجى استبعاده، مع ما لهذا من أثر في انعدام الثقة والاستقرار في المعاملات لا بين أفراد المجتمع فحسب، ولكن بين أفراد الأسرة الواحدة"[38].

يتفق الباحث مع هذا الرأي القائل بعدم مشروعية الغاية من هذا التصرف الصوري، لأن السبب الدافع على التعاقد، والذي يتمثل في النوايا الداخلية للمتعاقد وهو إيثار أحد الأبناء على الآخرين، وهذا غير جائز شرعاً. والدليل على ذلك أنه:" عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن أباه أتى به رسول الله "صلى الله عليه وسلم" فقال: إني نحلت إبني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله "صلى الله عليه وسلم":" **أكل ولدك نحلته مثل هذا؟**" فقال: لا ، فقال رسول الله "صلى الله عليه وسلم":" **فأرجعه**"[39].

2- أن يتفق شخص مع آخر يثق به، أن يبيعه صورياً النصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له، وذلك لأن هذا المركز يشترط في المرشح أن يكون لديه مركزاً مالياً معيناً[40].

ويعتبر بعض الفقهاء هذا التصرف مشروعاً، لأنه فقط من أجل الترشيح لمركز معين. ومثال ذلك، مركز العضوية في المجلس النيابي، أو مركز العمودية في مصر، أو ما شابه ذلك أو يبيعه بيعاً صورياً مالاً يظهر به في مظهر ذوي اليسر، حتى يستطيع الانخراط في جمعية أو شركة كالشركة المساهمة، تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضي هذا اليسر.

أما البعض الآخر من الفقه يقول:" كيف يكون هذا التصرف مشروعاً، والقصد منه التحايل على القانون وغشه وخداعه؟ ففي هذا المثال نجد أن الشخص يتحايل على القانون الذي يتطلب شروطاً معينة في شكل الوظيفة، فيلجأ إلى إبرام تصرفات صورية مع الغير لاستكمال تلك الشروط، فهل من الأخلاق أن نلجأ إلى الغش وإلى الصورية لتحقيق هذا الغرض اللا أخلاقي؟"[41].

---

[38] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**، دون ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004، ص276.

[39] النووي، يحيى بن شرف: **رياض الصالحين**، ط2، القاهرة، مكتبة الصفا، 1424هـ-2003م، ص429.

[40] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص6.

[41] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني**، مرجع سابق، ص275.

يرى الباحث أن السبب الدافع على التعاقد والمتمثل في الحصول على مركز ما، غير مشروع، وذلك لأن الوسيلة التي تم استخدامها للحصول على هذا المركز هي غير مشروعة، كما أن هذا الفعل يشكل احتيالاً على القانون للوصول إلى منصب معين، حيث أن المشرع عندما يفرض مثل هذا الشرط، فإنه يعي تماماً أن المرشح إذا كان مليئاً مالياً، فإنه سوف يقوم بالعمل الموكل إليه بأمانه وإخلاص.

3- أن شخصاً لا يريد أن يظهر بصورة المشتري لاعتبارات شخصية مع البائع، ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يشتري عقاراً من آخر، ولكنه ولظروف خاصة اعتقد أن البائع قد يتعمد زيادة ثمن العقار، إذا ظهر بنفسه في العقد، فيلجأ للاستعانة بشخص آخر، يكلفه بشراء العقار، ثم يعمل على نقل الملكية إلى الشخص الحقيقي، الذي يرغب في تملك هذا العقار. وكذلك الحال إذا أراد شخص أن يبيع منزله إلى شخص آخر ولكنه ولظروف خاصة أراد ألا يعرف الغير أنه يبيع المنزل إلى ذلك الشخص، فيلجأ إلى وسيط آخر، يبيعه المنزل بيعا صوريا ويكتب عليه ورقة ضد تفيد بصورية البيع[42].

أما البعض من الفقهاء فيقولون:" أن الحقيقة من هذين المثالين وأمثالها، إنما فيهما غلط كبير.وذلك لأن الصورية بطريق التسخير يفترض فيها علم المسخر، والمسخر له، والمتصرف مع المسخر، بأن هذا التصرف يتم صورياً، وبالتالي ينصرف آثار التصرف إلى المسخر له مباشرة بمقتضى اتفاق الأطراف على ذلك[43]. ويرى الباحث أنه لا يوجد ما يمنع البيع والشراء باسم مستعار، ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام.

ثانيا: أمثلة على أهداف الصورية غير المشروعة:

يتفق غالبية الفقه على أن معظم أهداف الصورية غير مشروعة، وذلك لأنها تتمثل في التهرب من أحكام القانون (الغش نحو القانون)، أو الإضرار بحقوق الغير، أو الغش والإضرار نحو الخزانة العامة.

---

[42] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص219.

[43] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني**، مرجع سابق، ص277.

أولا: التهرب من أحكام القانون(الغش نحو القانون): منذ العصور القديمة والمجتمعات البشرية تحاول التهرب من أحكام القانون، حيث أن الإنسان بطبعه لا يحب الالتزام، ويسعى دائماً إلى تغليب مصلحته الخاصة على المصلحة العامة. والشخص الذي يحتال على القانون يسعى إلى تحقيق أهدافه عن طريق التلفيق وعن طريق استخدام القانون ذاته. فالشخص المحتال لا يستطيع أن يخالف القانون بشكل واضح وصريح لما يترتب على ذلك من جزاء. فيلجأ إلى ستر تصرفه بمنأى عن القانون ويصبغ تصرفه بالصبغة القانونية السليمة[44]. والأمثلة كثيرة على التهرب من أحكام القانون نذكر منها ما يلي:

1- منع بعض الأشخاص من التعاقد بأنفسهم، فيستعير الشخص الممنوع من التصرف اسم شخصٍ آخر يتعاقد باسمه.

2- قد يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، ويكتبان سنداً يذكران فيه أن سبب الدين هو القرض، مع أن السبب الحقيقي ليس سوى مقابل ارتكاب الجريمة[45].

3- كذلك أصبحت الصورية وسيلة خصبة للمرابين، يستطيعون أن يستروا بها الربا الفاحش- الذي لا يقره القانون- تحت ستار عقود كثيرة كالبيع، أو الصلح أو الإجارة[46].

4- كما قد تكون الصورية بطريق التسخير وسيلة للتهرب من قواعد الأهلية الخاصة، التي يتطلبها القانون، ويكون ذلك عندما يسخر عديم الأهلية أو ناقصها شخصاً آخراً في هبة لا يستطيع هو القيام بها لعدم اكتمال أهليته، ويكون ذلك عندما يتواطأ الموهوب له مع الواهب[47].

ثانيا: الإضرار بحقوق الغير: وينشأ ذلك عندما يريد المدين أن يحرم الدائن من حقه في استيفاء الدين، فيقوم بنقل ملكية أمواله إلى احد أقاربه أو أصدقائه، كأن يعمد إلى نقل ما يملكه من أموال غير منقولة إلى اسم زوجته، أو احد أفراد أسرته، وذلك بموجب عقود وهمية يحرص على

---

[44] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص224.

[45] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني**، مرجع سابق، ص274.

[46] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص8.

[47] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني**، مرجع سابق، ص275 .

تسجيلها في الدوائر المختصة، ولا بد أن يجتاز الدائن كل مراحل المماطلة التي يتبعها المـــدين، بدايةً واستئنافاً وتمييزاً، ويفوز بحكم صالح للتنفيذ، حتى يفاجأ بأنه لم يعد يملك شيئاً يمكن التنفيذ عليه. فتبدأ بينهما مرحلة جديدة من الصراع، تتمثل في إثبات أن الأموال التي خرجت ظـــاهراً من ذمة المدين، قد بقيت في ذمته في حقيقة الأمر. كذلك أن يتفق البائع والمشتري على كتابـــة عقد البيع في صورة عقد هبة إضراراً بحق الشفيع حتى لا يأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز في الهبة[48].

كذلك إذا أراد المورث أن ينقل إلى أحد الورثة أو إلى أجنبي أكثر من الثلث ويخشى معارضة بقية الورثة، فيجعل الوصية في صورة عقد بيع، إضراراً بحقوق بقيـــة الورثـــة، أو أن يكتـــب الموصي للموصى له سنداً بمبلغ كبير يزيد عن ثلث التركة، ويذكر فيه أن ســـبب الـــدين هـــو القرض، وهو في حقيقة الأمر وصية، وذلك إضراراً بحقوق الورثة الباقين[49].

ثالثا: الغش والإضرار بحقوق الخزانة العامة:إن للغش والإضرار بحقوق الخزانة العامة

أمثلة عديدة، نذكر منها ما يلي: أن يكون عقد البيع في صورة عقد قسمة، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم تسجيل البيع الذي يفوق رسوم تسجيل عقد القسمة، أو أن يتم الاتفاق بين البـــائع والمشتري على أن يذكرا في عقد بيع العقار ثمنا صورياً يقل عن الثمن الحقيقي، وذلك من أجل التهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة، ويأخذ البائع فرق الثمن، كذلك الحال إذا ما أخـــذ البـــائع سنداً على المشتري يذكر فيه أن سبب الدين هو القرض[50].

الخلاصة: أن الغاية من الصورية قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة، والذي يحـــدد ذلك هو السبب الدافع للتعاقد، حيث ينظر إلى الحق نفسه هل هو مشروع أم غير مشروع، فـــإذا كان السبب الدافع وراء إنشاء العقد الصوري مشروعاً، فان الغاية من الصورية تكون مشروعة، وإذا كان السبب الدافع غير مشروع فإن الغاية من الصورية غير مشـــروعة، وإن كانـــت فـــي ظاهرها مشروعة، مما يعني أن الحكم على مشروعية أو عدم مشروعية أهـــداف الصـــورية لا يتعلق بأشخاص العقد وإنما يتعلق بالباعث أو الغرض من الصورية، فقد يكون الباعث مشروعاً

---

[48] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص226.

[49] الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني**، مرجع سابق، ص273 .

[50] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص8.

وقد يكون غير مشروع كالإضرار بحقوق الغير، أو الإضرار بالخزانة العامة، أو التحايل علـــى القانون. ونتيجة لذلك فإن القوانين لا ترتب كقاعدة عامة البطلان على الصـــورية إلا إذا كانـــت تخفي أمراً غير مشروع.

المطلب الثاني: تمييز الصورية عن حالات مشابهة لها

تتقاطع الصورية مع بعض المصطلحات المشابهة، كالتزوير، وعيـــوب الرضـــا، والاتفـــاق الإضافي، والتعاقد من الباطن، والخطأ في تكييف العقد، في أن كلاً منها تظهـــر الشـــيء علـــى خلاف حقيقته، بحيث يكون ظاهر الشيء مختلفاً عن واقعه، لذلك فإننا ســـنقوم بدراســـة أوجـــه الالتقاء وأوجه الاختلاف ما بين الصورية والمصطلحات السابق ذكرها كل على حده.

الفرع الأول: تمييز الصورية عن التزوير

تعني كلمة التزوير في اللغة تزيين الكذب، وتزوير الكلام: إبطاله ونسبه إلى الزور[51]. أمـــا معنى التزوير اصطلاحا فقد عرفه المشرع الأردني في **المادة** (260) من قانون العقوبات رقـــم (16) لسنة 1960 بالقول:" التزوير، هو تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يـــراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتج بهما نجم أو يمكن أن ينجم عنـــه ضـــرر مـــادي أو معنـــوي أو اجتماعي"[52]. أما الصورية بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً فتعني:" أن الصورية تعني اتخاذ مظهـــر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصـــد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صورياً، أما تصرفها المستتر، أو مـــا يسمى بورقة الضد فيكون حقيقياً[53]".

فمفهوم الصورية يتفق مع التزوير في أن كلاً منهما ينطوي على تشويه وتحريـــف مقصـــود للحقيقة، ولا يقتصر استخدامها على السندات العادية بل السندات الرسمية أيضاً. إلا أن الصورية تختلف عن التزوير في: أنها تكون بعلم الطرفين واتفاقهم، في حين أن التزوير يكون بفعل أحـــد الطرفين دون علم الطرف الآخر. كما أن الغاية من الصورية تتمثل في التهـــرب مـــن أحكـــام

---

[51] المنجد في اللغة العربية، الطبعة الخامسة والثلاثون، بيروت، دار المشرق، 1996، ص311.

[52] قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960

[53]العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص11 .

القانون، أو الإضرار بحقوق الغير، أو الغش والإضرار نحو الخزانة العامة، أما الغاية من التزوير فهي غش سائر الأطراف الذين لا يعلمون به من أجل تحقيق مصالح شخصية. كذلك فإن الصورية ينظم أحكامها القانون المدني، ولا يترتب عليها جزاء جنائي، في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويرتب عليه جزاء جنائي[54].

ويقول الأستاذ عزيز خانكي في هذا الصدد:" أن القانون يعتبر التزوير جريمة، ويعتبر النصب جريمة، ويعتبر من أؤتمن فخان مجرماً، ومن يبيع ملكه مرتين مجرماً، فلم لا يعتبر من يحرر عقداً صورياً مجرماً؟... فجريمة التزوير تتم ويعاقب عليها القانون، إذا توافرت فيها شروط ثلاثة وهي: تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله، والصورية فيها تغيير للحقيقة وفيها العمد وفيها الضرر. لأن العقد لا يكون صورياً إلا إذا غيرت فيه الحقيقة، وتغيير الحقيقة يكون دائماً عن عمد، ومحرره لا يقصد به إلا الإضرار بالغير. فالصورية والتزوير من فصيلة واحدة، كل واحدة منهما فيها تغيير للحقيقة والعمد والضرر...".[55]

وبما أن المشرع لم ينص على تجريم الصورية في قانون العقوبات، فلا يمكن القول بأنها

جريمة يعاقب عليها القانون. أما من الناحية الفقهية فيمكن القول: إذا اعتبرت جميع أهداف الصورية غير مشروعة وتضر بالغير وتضر بالمصلحة العامة، فإن ما ذهب إليه الأستاذ عزيز خانكي هو صحيح. وإذا ما اعتبر أن للصورية أهداف مشروعة ولا تضر بالغير ولا تضر بالمصلحة العامة، وأخرى غير مشروعه وتضر بالغير وتضر بالمصلحة العامة، فيفترض التمييز ما بين الحالتين.

ففي الحالة الأولى تكون الصورية مباحة ولا تعد من الجرائم الواجب العقاب عليها. وفي الحالة الثانية إذا ما توافرت الشروط السابقه فإن الباحث يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ عزيز خانكي من تجريم الصورية ووجوب العقاب عليها، وخصوصاً أن هناك بعض القوانين الخاصة تجرم الصورية كقانون الضرائب وقانون التجارة. ويعني ذلك أن الصورية كقاعدة عامة مباحة،

---

[54] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني**، مرجع سابق، ص193.

[55] **الصورية ووجوب اعتبارها جريمة**، مجلة القانون والاقتصاد 1937، السنة السابعة، العدد3، قسم أول، ص 427 وما يليها، نقلا عن عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني**: مرجع سابق، ص195.

إلا إذا كان الدافع إليها غير مشروع. ولا يترتب عليها الـبطلان إلا إذا اخفـت أمـراً يخـالف القانون.

الفرع الثاني: تمييز الصورية عن عيوب الرضا

لقد نظم المشرع أحكام العقد، ووضع له شروط انعقاد تتمثل في: الرضـا والمحـل والسـبب. والرضا لكي يكون صحيحا يجب أن تكون إرادة طرفي العقد سليمة من العيوب. ويعني ذلك ألّا تكون صادرة عن إكراه أو غلط أو تدليس، وبناء على ذلك فإننا سنقوم بدراسة أوجـه الاتفـاق وأوجه الاختلاف ما بين الصورية وعيوب الرضا على النحو التالي:

أولا: تمييز الصورية عن الإكراه

عرف المشرع الأردني الإكراه في المادة (135) من القانون المدني رقم 43 لسنة 1976

بالقول:" الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً".

تختلف الصورية عن الإكراه بأن إرادة المتعاقدين يجب أن تتجه نحو إخفاء حقيقـة مـا تـم التعاقد عليه تحت ستار عقد آخر، أي أن إرادة المتعاقدين يجب أن تتفـق علـى القيـام بهـذا العمل[56]. أما الإكراه فهو يمس حرية المتعاقد المكره فهو يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار، فالمكره لا يريد أن يتعاقد ولكن الرهبة التي يشعر بها جراء الإكراه تدفعه على التعاقد[57].

كما أن الصورية تختلف اختلافاً بيناً من حيث الشروط والأهداف. فمن حيث الشروط، فإنـه يشترط في الصورية وجود عقدين مع الاختلاف بينهما في الطبيعة والأركان ، ووجود تعاصـر ذهني بين المتعاقدين[58]. أما الإكراه فلا يشترط فيه وجود عقدين، ولا يشـترط فيـه التعاصـر

[56] مختار، احمد هاني: الصورية (انواعها واجراءاتها)، د.ط، د.بلد،د. ناشر، 2005، ص4
[57] الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام، (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1979، ص247.
[58] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد**، مرجع سابق، ص99.

الذهني بين المتعاقدين، وإنما يشترط فيه أن تكون الرهبة هي التي حملت المكره على التعاقد، وان يكون الإكراه صادر عن شخص يستطيع تنفيذ ما يهدد به[59].

أما من حيث الأهداف فإن الصورية قد تكون غير مشروعة، ومثالها الإضرار بحقوق الدائنين، والإضرار بالخزينة العامة، والتهرب من أحكام القانون، وقد تكون أهدافها مشروعة. في حين أن الهدف من الإكراه هو إجبار المتعاقد وحمله على التعاقد وهو في الغالب غير مشروع.

ثانيا: تمييز الصورية عن الغلط

عرف بعض الفقهاء الغلط بالقول:" توهم غير الواقع، أو هو وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع"[60].

والعقد لكي يكون صحيحا يجب أن يكون متفقاً وإرادة الأطراف الحقيقية، التي التقت حول موضوعه وسببه. فالقوة الإلزامية للعقد مستمدة من صحته ومن توافقه مع الأحكام القانونية التي ترعاه، فيأتي تنفيذه متوافقاً مع الإرادة التي أنشأته[61].

وبناء على ما تقدم فإن الصورية تتفق مع الغلط في أن نتيجة كل منهما تؤدي إلى فهم الواقع بصورة مخالفة للحقيقة. إلا أن الاختلاف بين الصورية والغلط قائم من عدة جوانب وهي: أن الصورية اتفاق على خلاف الواقع، في حين أن الغلط هو توهم غير الواقع. أي أنه في الصورية يتفق الأطراف بمحض إرادتهم على إخفاء العقد الحقيقي وإظهار العقد الصوري، مع العلم أن العقد المراد تحقيق نتيجته هو العقد الحقيقي، أما الغلط فإنه قد يقع دون علم الأطراف أو يقع بموجب تغرير أحد الأطراف بالآخر.

---

[59] الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص248

[60] السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد: **شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)**، مرجع سابق، ص133.

[61] العوجى، مصطفى: **القانون المدني، الجزء الأول، العقد (مع مقدمة في الموجبات المدنية)**، ط، لبنان، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، 1995، ص309.

كما انه يشترط لتحقق الصورية وجود عقدين أحدهما ظاهر والآخر مستتر، في حـين أنـه لا يشترط ذلك في الغلط، بل أن الغلط يكون في جوهر العقد المتفق عليه. كذلك فإنه يشترط فـي الصورية وجود التعاصر الذهني بين العقدين، في حين أنه لا وجود لمثل هذا الشرط في الغلـط لعدم وجود عقدين.

ثالثا: تمييز الصورية عن التدليس

عرف الفقهاء التدليس بالقول:" أنه استعمال شخص طرقاً احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلـط يدفعه إلى التعاقد سواء أكان معه أو مع الغير"[62].

لقد نظم المشرع الأردني أحكام التدليس تحت مسمى التغرير المقترن بالغبن. فعرف التغرير في المادة (143) من القانون المدني رقم 43 لسنة1976 بالقول:" التغرير هو أن يخـدع أحـد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قوليه أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

يتضح مما تقدم أن الصورية تتفق مع التدليس في أن كلاً منهما يخفي شيئا تحت ستار ظاهر، إلا أن الاختلاف بينهما واضح حيث يلجأ إلى التدليس أحد أطراف العقد، أو كلا الطرفين في آن واحد، أو من ثالث، بينما الصورية تكون باتفاق الطرفين على الغير. كما أن الغاية من التـدليس هي موافقة الطرف الآخر على التعاقد بطرق احتيالية مما يجعل العقـد قـابلاً للإبطـال، أمـا الصورية فكلا المتعاقدين على علم بما يخفيانه عن الغير[63].

كما أن التدليس يعتبر دائماً غير مشروع، حيث يقصد منه دائماً غش المتعاقد الآخـر، أمـا الصورية فقد يقصد منها غش الغير أو غش الخزانة العامة أو التحايل نحو القـانون، أو تكـون الغاية منها مشروعة. كذلك فإن التدليس يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات كونه واقعة مادية، أمـا الصورية فهي تصرف قانوني لا يمكن إثباتها كمبدأ عام إلا بالكتابة في الأحوال التي تزيد قيمـة الالتزام فيها على مائتي دينار[64].

---

[62] الشواربي, عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء:** مرجع سابق، ص8.

[63] مرزوق، احمد: في نظرية الصورية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص88.

[64] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، المرجع سابق، ص89.

الفرع الثالث: الصورية والاتفاق الإضافي

يعرِّف الفقه الاتفاق اللاحق أو الإضافي على أنه: "عقد جدي جديد بإرادتين جديـدتين، جـاء معدلاً لاتفاق سابق جدي كلياً أو جزئياً"[65].

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن الصورية تتفق مع الاتفاق الإضافي في وجود عقدين،

إلا أنه في الاتفاق الإضافي يكون العقد اللاحق معدلاً لشروط العقد السابق إما كليـاً أو جزئيـاً، وهذا يعني أننا نكون بصدد عقد حقيقي، تكمن وظيفته في تعديل الاتفاق السـابق، فـلا يوجـد صورية فيه رغم وجود عقدين[66]. كما أن الصورية تشترط وجود التعاصر الذهني بينهما، فـي حين أن الاتفاق الإضافي يكون لاحقاً على الاتفاق السابق[67]. ثم أن الصورية يقصد بها الإضرار بالغير، أو الإضرار بالخزانة العامة، أو التحايل على القانون، وقد يكون لها أهدافاً مشروعة.

أما الاتفاق الإضافي فإن القصد منه هو تحقيق شروط أفضل إما لمصـلحة الطـرفين وإمـا لمصلحة أحدهما. ومثال ذلك أن يقوم شخص بتأجير منزل لآخر بأجرة شـهرية قيمتهـا مائـة وخمسون ديناراً أردنياً، وبعد مضي بضعة أشهر ولسوء الأوضاع إتفق الطرفان على تخفـيض قيمة الأجرة من مائة وخمسين ديناراً أردنياً إلى مائة دينار أدرني. هنا يكون الطرفان قد اتفقـا على تعديل شروط العقد فيما يتعلق بالأجرة دون غيرها، حيث تبقى شروط العقد الأخرى كمـا هي، وهذا ما يسمى بالتعديل الجزئي للعقد. وقد يقوم شخص بتأجير آخر منزلاً، وبعـد مضـي الوقت يقوم الطرف الثاني بشراء ذلك المنزل، فإن الاتفاق اللاحق يعد تعديلاً كلياً للعقد السابق.

الفرع الرابع: الصورية والتعاقد من الباطن

يظهر التعاقد من الباطن في عقود المقاولة، وعقود الإيجار وغيرها. وعقـود المقاولـة مـن الباطن تعني:" أن يعهد المقاول الأول بالعمل محل المقاولة إلى مقاولٍ ثانٍ لإنجازه، فإما أن يعهد بكل العمل أو بجزء منه إلى مقاول آخر، لإنجازه ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك. والشرط إما

---

[65] الشواربي, عبد الحميد و الدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء:** مرجع سابق، ص87.

[66] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني، مرجع سابق،** ص205.

[67] السنهوري، عبدالرزاق احمد: **الويبط في شرح القانون المدني الجديد** (نظرية الالتزام بوجه عام- الاثبات –اثار الالتزام)، ج2، ط3 جديده، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2009، ص1078

أن يكون صريحاً أو ضمنياً كما لو كانت طبيعة العمل تفترض مثلاً الاعتماد على كفاءة المقاول الشخصية"[68].

أما الإيجار من الباطن فيكون عندما يؤجر المستأجر الأصلي العقار محل الإيجار إلى مستأجر آخر جديد بأذن من المؤجر. ويترتب على ذلك أنه يوجد في عقد المقاولة من الباطن عقدين، الأول ما بين صاحب العمل والمقاول الأول، والثاني يكون ما بين المقاول الأول والمقاول الثاني. وهنا اتفق المشرع الأردني مع نظيره المصري في حكم عقد المقاولة من الباطن، حيث أجازه كلاهما ما لم يوجد نص على خلاف ذلك. كما أن في عقد الإيجار من الباطن يكون لدينا عقدان، الأول ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي، والثاني ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن. هنا اختلف المشرع الأردني مع نظيره المصري، في أن المشرع الأردني لم يسمح بعقد الإيجار من الباطن إلا بموافقة المؤجر الخطية، في حين أن المشرع المصري أباحه ما لم يرد شرط يمنعه من ذلك.

وبناءً على ذلك فإن الصورية تتفق مع التعاقد من الباطن أنه في كلا الحالتين يوجد عقدان، أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري، والثاني خفي وهو العقد الحقيقي. كذلك الحال فان التعاقد من الباطن في كلا الحالتين السابق ذكرهما يحتوي على عقدين ولكن كليهما ظاهران، ولا يوجد عقد خفي. كذلك الحال فإن الصورية يكون أطراف التعاقد فيها هم نفس الأشخاص، في حين أن التعاقد من الباطن يكون أطرافه مختلفين ففي عقد المقاولة مثلا يظهر علاقتان مختلفتان، تتمثل الأولى فيما بين صاحب العمل والمقاول الأول، وأما الثانية تتمثل فيما بين المقاول الأول والمقاول الثاني، وفي عقد الإيجار من الباطن توجد علاقتان، الأولى ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي، والثانية ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر الجديد.

إن الغاية من الصورية هي الإضرار بالغير أو الغش نحو القانون أو الإضرار بالخزانة العامة، وقد يكون لها غايات مشروعة، أما الغاية من التعاقد من الباطن فهي مشروعة في حال أن العقد لم يمنع ذلك أو تم الحصول على إذن للقيام بهذا التصرف. كما يشترط وجود المعاصرة الذهنية في الصورية فيما بين العقدين، في حين انه لا مكان لوجود مثل هذا الشرط في التعاقد

---

[68] الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاولة)، ط2**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1997، ص429.

من الباطن، حيث أن العقد الأساسي هو الذي يسمح أو يمنع قيام العقد الثاني. كما يشترط في الصورية اختلاف طبيعة وأركان وشروط التعاقد، في حين انه لا يشترط ذلك في التعاقد من الباطن.

الفرع السادس: التمييز بين الصورية والخطأ في تكييف العقد

يعني تكييف العقد: إعطاء العقد الوصف القانوني الذي يدل على مضمونه ويتفق مع بنوده.

والخطأ في تكييف العقد يعني: إعطاء العقد وصفاً قانونياً لا يتفق مع مضمونه". والخطأ قد يكون مقصودا وقد يكون غير مقصود، وهو يتفق مع الصورية في أن كلا منهما ينشأ عنه مظهر خارجي يخالف الحقيقة، إلا انه يوجد اختلاف بينهما، فالعقد الصوري هو عقد لم تتجه إرادة الأطراف إليه، في حين أن العقد الوارد خطأ في تكييفه، هو عقد حقيقي جدي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذه، مهما كانت الغاية التي أرادوها، ولكن تم تكييفه بشكل خاطئ بما يتعارض مع طبيعته وشروطه ونصوصه[69].

إن الغرض من الصورية هو الغش نحو القانون أو الإضرار بالغير أو الإضرار بالخزانة العامة، أما الخطأ الوارد في تكييف العقد إذا كان مقصودا فإن الغاية منه تتمثل في التحايل على القانون ونصوصه الآمرة، أما إذا كان غير مقصود وصادراً نتيجة جهل من أطرافه فإن الغاية منه هي تنفيذ مضمون وشروط العقد. كذلك الأمر فإن مسألة إثبات الصورية بين المتعاقدين تكون بوجه عام بالبينة الخطية أما إثبات الخطأ في الوصف فإنه يكون بكافة طرق الإثبات، كما أن للمحكمة السلطة التقديرية في إعطاء التصرف الوصف الحقيقي له، وتطبق عليه النصوص القانونية الخاصة به[70].

خلاصة الفصل: يتضح لنا من خلال دراسة هذا الفصل، أن الصورية تدخل في كثير من التصرفات والعقود التي يبرمها الأفراد يومياً، حيث أنها تعمل على إخفاء التصرف الحقيقي تحت ستار مظهر كاذب. أي أن الصورية هي: وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تفترض تصرفاً ظاهراً، واتفاقاً مستتراً، ويكون شأن الاتفاق

---

[69] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص92.

[70] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني**: مرجع سابق، ص207.

المستتر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر وهنا تسمى الصورية مطلقة، وإمـــا تعــديل بعــض أحكامه وتسمى الصورية نسبية، والهدف من ذلك قد يكون مشروعاً وقد يكون غيــر مشـــروع وذلك حسب الباعث على الصورية.

بناءً على ذلك فانه لا بد من توافر عدة شروط في آن واحد من أجل تحقق الصـــورية وهـــي: وجود عقدين ووجود متعاقدين، ووجود المعاصرة الذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق

المستتر، كذلك اختلاف العقدين من حيث الطبيعة والشروط والأركان، وفي حال تخلــف أحــد الشروط السابقة، فإننا نكون بصدد اتفاق جديد سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق.

كما نخلص مما تقدم إلى أن الصورية تتقاطع مع بعض المصطلحات المشـــابهة، كـــالتزوير، وعيوب الرضا، والاتفاق الإضافي، والتعاقد من الباطن، والخطأ في تكييف العقد، فـــي أن كـــلاً منها تظهر الشيء على خلاف حقيقته، بحيث يكون ظاهر الشيء مختلفاً عن واقعـــه، إلا أنهـــا تختلف معها في نواح عده قد سبق بيانها.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام الصورية

تتمتع أحكام الصورية بأهمية كبرى، وذلك لأن معظم التشريعات التي أخذت بالصـــورية لـــم تعالج أحكامها بشكل كافٍ يحد من وجود آراء مختلفة على المسألة الواحدة، ويظهر ذلك جلياً في القوانين التي اعتمدنا عليها حيث أنها لم تعالج الكثير من المسائل الهامة التي تتعلق بالصـــورية، كمسألة التقادم ومسائل أخرى، بل أنها تركت الأمر لاجتهادات الفقهاء في هذه المسائل وغيرها. وبناء على ذلك فانه كان لا بد لنا من دراسة أحكام الصورية وبيان رأي الفقه في المسائل التـــي لم تنص عليها القوانين التي اعتمدنا عليها في مبحثين: نخصص الأول لدراسة آثـــار الصـــورية ونخصص الثاني لدراسة دعوى الصورية.

المبحث الأول

آثار الصورية

تشمل آثار الصورية، الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية، وورقة الضد. لـذا أقوم بدراستها من خلال تخصيص مطلب لكل منها.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على العلاقات الناشئة عن الصورية

تختلف آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام عن آثارها بالنسبة للغير. لـذا أدرس كلاً منها من خلال تخصيص فرع لكل منها.

الفرع الأول: آثار الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام

بينت المادة (369) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة1976 آثار الصورية فيما بـين المتعاقدين وخلفهما العام بالقول أنه:" إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"[71].

وقد أكدت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني والمتعلقة بالصورية ذلك بالقول:

" أما فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم، ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بيّن، فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة إليهم، وذلك لأن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقييد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره. وفي التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع ففي مثل هذا الغرض يصح العقد بهذا الوصف فيما عدا ما قد ينص عليه القانون، كاستثناء القانون المدني المصري لشرط الشكل"[72].

أما المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد بينت أن العقد الصـوري لا وجود له، فلا يسري فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة خلفهما العام إذ العبرة بما انصرفت إليه

---

[71] يطابقها نص المادة (245) من القانون المدني المصري 131 لسنة 1948، ونص المادة 257 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.

[72] المادة (369) من المذكرات الإيضاحية الخاصة بالقانون المدني الأردني.

إرادة كل منهما، فإذا كان العقد الصوري يخفي عقدا آخر حقيقيا، فيجب الاعتداد بــه، وســريان العقد الحقيقي يؤدي إلى تطبيق القواعد التي قصد المتعاقدان من الصورية استبعاد تطبيقها، فــإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي المستتر، فــإن هذا التصرف يقع باطلاً، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفــاذ التصرف الحقيقي المستتر، فإنه يترتب على الاعتداد بهذا التصرف تطبيق القاعدة، وبالتالي عدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقرر حقــا للغير، فانه يترتب على الاعتداد بالتصرف الحقيقي تطبيق هذه القاعدة ويكون للغيــر التمســك بالحق الذي ثبت له، وإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة شكلية تشترط لانعقــاد العقد فانه لا يترتب على الاعتداد بالعقد الحقيقي المستتر تطبيق هذه القاعدة، بــل يعــد العقــد الحقيقي منعقدا بالرغم من عدم توافر الشكل المطلوب، ويرجع ذلك إلى أن الشكلية لا تشترط إلا في تصرفات محددة، وعلى من يدعي الصورية إثباتها، وفق القواعد العامة فــي الإثبــات، وإذا قصد من الصورية التحايل على القانون وذلك إذا كان الهدف منها إخفاء أمر غيــر مشــروع، فيستطيع من يدعي الصورية من المتعاقدين أن يثبتها بجميع طرق الإثبات"[73].

اعتمدت معظم التشريعات في بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام على مبــدأ سلطان الإرادة، ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة:" أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود وكافيــة لتحديد آثارها، وبعبارة أخرى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثــار التــي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية. وأساس هذا المبدأ هــو أن الأفراد أحرار بحسب حالتهم الطبيعية. فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد حسب هذا الأصل إلا بإرادته"[74]. ويترتب على ذلك تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ما لم يخالف ذلك القــانون والنظام العام.

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، والقــانون المــدني المصــري، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فإننا نجد أنها لم ترتب أي اثر للعقد الصوري فيمــا بــين المتعاقدين وخلفهما العام، وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلــى العقــد الحقيقــي،

[73] نص المادة (256) من المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

[74] احمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني**، ط1، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص24.

وليست إلى العقد الصوري. أي أن العقد الصوري لا وجود له فيما بين المتعاقدين والخلف العام. ومثال ذلك:" إذا كان العقد الظاهر بيعاً فان ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري، ويبقى البائع مالكا له بكل ما يترتب على ذلك من نتائج. فيستطيع التصرف بجميع أنواع التصرفات ولا يستطيع المشتري الصوري أن يعترض على ذلك. ويترتب على ذلك أيضا أن البائع الصوري إذا مات فالشيء ينتقل إلى ورثته"[75].

بناءً على ما تقدم فإن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ويترتب على ذلك: 1- إذا كانت الغاية من وجود العقد المستتر هي تجنب تطبيق قاعدة تقضي ببطلان التصرف الحقيقي فإن التصرف الحقيقي يكون باطلاً. وعرفت الفقرة الأولى من المادة (168) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 العقد الباطل بالقول:" العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة". وبناء على ذلك إذا كان العقد الحقيقي باطلاً فانه لا يرتب أي أثر فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن إجازته من قبل الأطراف.

2- بين مشروع القانون المدني الفلسطيني أنه إذا ما كان القصد من العقد الصوري تجنب تطبيق قاعدة تقضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي، فإن هذه القاعدة تطبق على التصرف الحقيقي، وإذا قصد من العقد المستتر حرمان الغير من التمسك بحقه الوارد بموجب العقد الحقيقي، فإن هذا الحق يبقى قائماً ويستطيع الغير التمسك به.

3- تجنُّب قاعدة تتطلب شكلاً معيناً لانعقاد العقد: قد يشترط القانون أن يتم إفراغ بعض العقود في شكل معين، بحيث لا يعتبر العقد صحيحاً، إلا إذا افرغ في الشكل المحدد له، كما هو الحال في بيع العقارات، فما هو وضع هذا الشرط في الصورية؟.

بالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية الخاصة بالصورية في القانون المدني الأردني، فإننا نجد أن المشرع الأردني لم يشترط أن تتوافر في العقد الحقيقي المستتر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون لنفاذ العقد في حال عدم وجود الصورية، ويعني ذلك أن العقد الحقيقي هو النافذ فيما بين

---

[75] الفكهاني، حسن وآخرون: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص557.

المتعاقدين وخلفهما العام، وإن لم ينظم في شكل معين لانعقاده، وذلك لأن الشكلية لا تكــون إلا في تصرفات محددة.

إلا أن معظم القوانين الآن، ومنها القانون المدني المصري تشترط الشكلية في العقد الظـــاهر دون العقد الحقيقي المستتر، فلا يشترط توافر الشكلية التي يتطلبها القانون في العقــد الحقيقـــي المستتر، والنافذ فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، وإنما يعد العقد قد انعقد بـــالرغم مـــن عـــدم إفراغه في الشكل المطلوب. ومثال ذلك إذا تمت الهبة تحت ستار البيع، فلا يشترط فيها الرسمية التي يستلزمها القانون لتمام الهبة، بل يكفي أن تتوافر الشكلية المطلوبة لتمام عقد البيع[76].

يتفق الباحث مع هذا الرأي، وذلك لأنه إذا اشترطت الشكلية في العقد الحقيقي المستتر، ولم يتم إفراغه في الشكل المطلوب، فإن العقد النافذ سيكون بين المتعاقدين وخلفهما العـــام هـــو العقــد الصوري، مما يؤدي إلى تجاهل مبدأ سلطان الإرادة، والذي بموجبه اتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام العقد الحقيقي تحت ستار العقد الظاهر، كما أن إبرام العقد الحقيقي المستتر في الشكل الذي يتطلبه القانون لنفاذه، كتسجيل العقد في الدوائر المختصة، قد يؤدي إلى معرفة الغير بصـــورية العقد الظاهر، وعند معرفة الغير بصورية العقد الظاهر، فإن الغاية من وجوده تنتفي وهي ســتر العقد الحقيقي.

4- إذا كان القصد من الصورية التحايل على القانون بهدف إخفاء أمر غير مشروع، فان لمــن يدعي الصورية الحق في إثباتها بكافة طرق الإثبات، وإذا كان الهدف منه التحايل على القـــانون أو إلحاق ضرر بالخلف العام، فإن للخلف العام أيضا الحق في إثبات صورية التصـــرف بكافـــة طرق الإثبات.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على عدم قيام العقد الصوري بين المتعاقدين في قرارهـــا الصادر بتاريخ 1958/4/3 حيث ورد فيه:" ..... لأن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلا فـــي نية عاقديه.."[77]. كما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية الصادر بتـــاريخ 1986/4/30 مـــا

---

[76] منصور، محمد حسين: **النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)**، مرجع سابق، ص150.

[77] الطعن رقم 91 ،جلسة 1958/4/3: نقلا عن: عبد التواب، معوض: **المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزء الأول، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص1038.

يلي:".. أنه لا يترتب على مجرد سلوك سبيل الصورية بطلان العمل القانوني الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية بل يقتصر البطلان على الإرادة الصورية التي ليس لها وجود حقيقي"[78].

من خلال القرارين السابقين نجد أن محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الأردنية أكدتا على عدم سريان العقد الصوري في مواجهة طرفي العقد، وسريان العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، واحتراما لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

الفرع الثاني: آثار الصورية بالنسبة للغير

قبل الدخول في بيان آثار الصورية بالنسبة للغير، فإنه يجب علينا بيان المقصود بالغير، ومن ثم بيان أثر الصورية بالنسبة للغير.

أولاً: المقصود بالغير: ورد في المادة (368) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 أنه:" 1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"[79].

ويعني ذلك أن الغير هم: دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص. إلا أنه وبالرجوع إلى القرارات القضائية، فإننا نجد أن مفهوم الغير لا يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهما العام فقط، وإنما ينصرف إلى كل من له مصلحة في الصورية، حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1947/3/21 بأن:" الصورية في العقود يصح التمسك بها لكل ذي مصلحة، ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية"[80].

---

[78] تمييز رقم 1985/739 جلسة 1986/4/30 نقلا عن: الحلالشة، عبدالرحمن احمد جمعة: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص161، الهامش.

[79] يطابقها نص المادة (244) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[80] نقض 758/10، ص 891، الصادر بتاريخ 1947/3/21 نقلا عن: الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**، د.ط، د. بلد، دار أبو المجد للطباعة.1996، ص148.

الخلف الخاص: هو كل من كسب حقاً عينياً من احد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري سواء كان اكتسابه للحق سابقاً او لاحقاً لهذا التصرف.

وهذا ما أخذ به الفقه والقضاء في الأردن، إذ لم يقتصر مفهوم الغير على دائني المتعاقدين والخلف الخاص بل امتد إلى كل من لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما شريطة أن يكون له مصلحة من التمسك بالصورية. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية ذلك في قرارها رقم 98/784 حيث بينت أن:" للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي بل هو ثمن صوري ..."[81].

أما ما جاء في المادة (256)[82] من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 كان أفضل من النصين الأردني والمصري، حيث أنه لم يقصر مفهوم الغير على الدائنين والخلف الخاص، بل ترك مجالاً لكل من له مصلحة ويمكن أن يتضرر من الصورية أن يتمسك بالعقد الصوري، شريطة أن يكون حسن النية، أو يتمسك بالعقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف.

وتبين المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني بهذا الصدد أنه:" يجب تمكين كل صاحب مصلحة تجعله يضار من التصرف الصوري أو يستفيد منه، أن يتمسك بالعقد المستتر، أو العقد الظاهر، إذا كان حسن النية، وبناء على هذا يعد الشفيع والمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، من الغير ويحق لأي منهما التمسك بالصورية".

ولكن ماذا لو أن أحد الورثة قد اشترى من مورثه بناءً على العقد الصوري وكان حسن النية ولا يعلم بالعقد الحقيقي، فهل يعتبر من الخلف العام أم من الغير؟

لقد أجابت محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 169 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2005/1/29 بالقول:" يعتبر الوارث من الغير إذا ادعى بأن مورثه تصرف تصرفاً صورياً أضر بحقه بالميراث ويجوز له الدفع بصورية هذا التصرف، إلا أنه لا يحكم القاضي بالصورية إلا إذا قدمت أدلة قوية عليها لا تدع مجالاً للشك في صحتها"[83]. يتضح لنا من خلال هذا القرار

---

[81] قرار تمييز رقم 98/784، نقلا عن:: دواس، أمين: **أحكام الالتزام**، مرجع سابق ص94، الهامش.

[82] نص المادة (256) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:" 1- إذا ابرم عقد صوري فلكل صاحب مصلحه متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، كما له أن يتمسك بالعقد المستتر، ويثبت بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر به. 2- إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين".

[83] المقتفي: منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، قرار رقم 169 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2005/1/29

أن محكمة النقض الفلسطينية تعتبر في هذه الحالة الوارث من الغير، وتطبق عليه حكم الغير شريطة أن يثبت بموجب أدلة قوية بأن مورثه قد تصرف تصرفا صورياً بحقه بالميراث.

كما أن محكمة النقض المصرية اعتبرت أن الوارث في هذه الحالة من الغير متى كان حسن النية حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1972/11/28 بأن الورثة متى كانوا :" ... حسني النية عندما اشتروا من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد،...... يعتبرون من الغير"[84].

يتضح أن محكمة النقض المصرية ميزت بين حالتين فيما يتعلق بالخلف العام: الأولى أن يكتسب الخلف العام من مورثه حقاً شرعياً في تركته وهنا ينطبق على الفرع ما ينطبق على الأصل، فلا يعتبر الخلف العام من الغير. والثانية أن يتعاقد الخلف العام مع مورثه وكان حسن النية ولا يعلم بالعقد الحقيقي فإنه يعتبر من الغير. وقد هدفت محكمة النقض المصرية من وراء ذلك حماية حقوق الأفراد في المجتمع على حد سواء، وتحقيق مبدأ استقرار المعاملات.

ثانياً: اثر الصورية بالنسبة للغير: بينت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في تفسير نص المادة (368) أنه:" 1- ليست الصورية سببا من أسباب البطلان، فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر، دون الظاهر وهذا هو ما يطابق إرادة المتعاقدين. ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية وكذلك خلفهما الخاص، حقيقية الموقف، اعتماداً على العقد الظاهر وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء، تفريعٌ على حسن نيتهم، أن يتمسكوا بهذا العقد، إذا اقتضت مصلحتهم ذلك، فللدائن المشتري مثلا في بيع ظاهر، ولمن آل إليه البيع من هذا المشتري أن يتمسكا بهذا البيع. وعلى نقيض ذلك يكون لدائن البائع أو لخلف آخر من خلفائه، مصلحة في التمسك بورقة الضد، ولكل منهما أن يفعل ذلك[85].

---

[84] نقض جلسة 1972/11/28، ص1285، نقلا عن: الشواربي، عبد الحميد والدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص75.

[85] وهذا يتفق مع ما جاء في المذكرات الإيضاحية للمدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

2- ويناط الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه، بفكرة استقرار المعاملات، فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد وتمسك دائن المشتري بهذا العقد، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار"[86].

ويعني ذلك أن العقد المستتر هو العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وهو النافذ بينهم، والعقد الصوري لا وجود له بينهم، إلا أن المشرع جعل للغير الخيار في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر أو العقد الصوري الظاهر، وذلك من أجل حماية حقوق الغير واستقرار المعاملات. ويترتب على ذلك أن لدائني البائع إذا كان البيع صورياً، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع، كما لدائني المشتري التمسك بالعقد الصوري حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد الصوري شريطة أن يكونوا حسني النية، وان يكون لهم مصلحة في ذلك.

وفي حال تمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر، وتمسك دائنو البائع بالعقد المستتر في آن واحد، فان الأولوية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر، تطبيقا لمبدأ استقرار المعاملات وحماية تصرفات الغير كونه يفترض فيهم حسن النية، لأن العقد الظاهر هو المعروف لهم. ويعني ذلك أنه ينظر إلى الإرادة الخارجية الظاهرة للمتعاقدين، ولا ينظر إلى الإرادة الداخلية كما هو الحال بالنسبة لأثر الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام.

---

[86] المذكرات الإيضاحية، نص المادة 368، نقلا عن: الفكهاني، حسن: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، المادة، ص545.

أما المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد جاء في تفسيرها لنص المادة (256) بالقول:" فإذا ابرم عقدا صوريا فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية التمسك بالعقد الحقيقي، إذا كانت لهم مصلحة في ذلك لأنه العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه فعلا إرادة المتعاقدين، ولهم الطعن في العقد الظاهر بالصورية ولهم أن يثبتوا صوريته بكافة طرق الإثبات، دون التقييد بإقامة الدليل الكتابي لأنهم من الغير ويستحيل عليهم الحصول على دليل كتابي يثبت صورية تصرف لم يكونوا طرفا فيه.

ويجوز لهم إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، وأساس ذلك هو ما يقتضيه مبدأ استقرار التعامل من وجوب الاطمئنان للإرادة الظاهرة التي يمكن التعرف عليها، ويكونون حسني النية، إذا كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت إبرام العقد الظاهر، ويفترض حسن النية فيهم، ومن يدعي عكس ذلك عليه إثبات ما يدعيه وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الصوري، وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر، كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الصوري، فمثلا إذا عقد بيع صوري وتمسك دائنو المشتري بالعقد الظاهر الذي يترتب عليه انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ليمكنهم من التنفيذ عليه، وتمسك دائنو البائع بالعقد الحقيقي لكي يبقى الشيء المبيع في ملك مدينهم، ليمكنهم من التنفيذ عليه، فان النص يفضل من يتمسك بالعقد الظاهر وهم دائنو المشتري".

ولكن هل يحق للغير التمسك بالعقد الصوري، في حال تم إشهار العقد الحقيقي المستتر؟

لقد اختلف الفقه حول ما إذا كان يحق للغير التمسك بالعقد الصوري أم لا. فمنهم من قال:" أن العقد المستتر إذا أشهر، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك، إذ أنه لم يعد مستتراً، كذلك فإن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل[87]. ويعني ذلك أن هذا الاتجاه الفقهي يحرم الغير من الحق في التمسك بالعقد الظاهر لجهله بالعقد المستتر، وذلك لان العقد المستتر قد تم إشهاره. أما البعض الآخر فيرى أن قرينة العلم المستفاد من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة، ولذا يجوز للغير أن يدفع دلالتها بإثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله بالرغم من شهره"[88]. ويعني ذلك أن هذا الاتجاه يرى انه على الرغم من إشهار العقد المستتر إلا أنه يجوز للغير الاحتجاج بعدم العلم به وقت إجراء التصرف إذا اثبت ذلك.

بالرجوع إلى نص المادة (368) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، نجد أن المشرع قد اشترط لتمسك الغير بالعقد الصوري، أن يكون الغير حسن النية، لذلك فإن الباحث يرى أنه إذا أشهر العقد الحقيقي المستتر، فإنه يجب على الغير إثبات عدم علمه به، وذلك للتأكد من حسن نيته، ومنحه الحق في التمسك بالعقد الظاهر. أما إذا أشهر العقد المستتر وثبت أن الغير علم به، فإنه لا يحق للغير التمسك بالعقد الصوري وذلك باعتباره سيء النية. لذلك إذا تعاقد الغير بناء على العقد الصوري بعد إشهار العقد الحقيقي واثبت عدم علمه بذلك، فإن العقد النافذ في حقهم هو العقد الصوري، أما إذا تعاقد الغير بناءً على العقد الصوري وثبت أنه يعلم بإشهار العقد الحقيقي فانه لا يحق له التمسك بالعقد الصوري.

خلاصة القول: أن كلاً من المشرع الأردني والمصري والمشروع الفلسطيني قد جمعوا بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ استقرار المعاملات في وضع أحكام الصورية، ويعني ذلك أنه تم تغليب الإرادة الداخلية للمتعاقدين على الإرادة الخارجية في بيان أثر الصورية بالنسبة لهم، والتي اتجهت إلى تحقيق نتيجة العقد الحقيقي المستتر دون العقد الصوري الظاهر. وبناءً على ذلك فانه لا يجوز لأي من المتعاقدين أو خلفهما العام التمسك بالعقد الصوري الظاهر في مواجهة الآخر.

---

[87] المستشار، العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص404

[88] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق ، ص107

أما بالنسبة للغير، فقد تم تغليب الإرادة الخارجية للمتعاقدين على الإرادة الداخلية، وبذلك فإن العقد النافذ في حق الغير هو العقد الظاهر الصوري شريطة أن تكون لهم مصلحة في ذلك وان يكونوا حسني النية، كما ويجوز لهم التمسك بالعقد المستتر حيث أنه هو الأصل الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، إلا إذا حصل تعارض بين دائني المتعاقدين أو بين خلفهما الخاص، بحيث يتمسك البعض بالعقد الصوري ويتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي، فإن العقد الذي يسري في مواجهتهم هو العقد الصوري وليس العقد الحقيقي المستتر، وذلك احتراما لمبدأ استقرار المعاملات، كما أن العقد الصوري هو الظاهر للغير ولا يفترض بالغير العلم بالعقد المستتر.

المطلب الثاني: ورقة الضد

تعتبر ورقة الضد العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأفراد، وحيث أنها تعدل في شروط وأحكام العقد الظاهر، فإنه كان لا بد لنا من بيان مفهومها ومعالجة أحكامها، من خلال تخصيص فرع لكل منهما، نتناول في الأول مفهوم ورقة الضد ونتناول في الثاني أحكامها.

الفرع الأول: مفهوم ورقة الضد

أولا: تعريف ورقة الضد:

يعرف بعض الفقهاء ورقة الضد على أنها:" مستند يعبر عن حقيقة التعاقد الذي قصد إليه الطرفان، ما دام مشروعاً، ويقصد إلى حفظ حقوق الأطراف في مواجهة بعضهما البعض، و في مواجهة الغير"[89].

يرى الباحث أن هذا التعريف غير دقيق وذلك لأنه تجاهل العناصر الأساسية لورقة الضد فلم يبين لنا على سبيل المثال أن ورقة الضد يسترها عقداً آخر، وأنها تصدر متعاصرةً ذهنياً مع ذلك العقد، إلا أن هذا التعريف يبين أن ورقة الضد هي العقد الحقيقي الذي قصد الأطراف تنفيذ مضمونه، وقد سبق أن اشرنا إلى أن ورقة الضد هي التصرف القانوني والعقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف.

---

[89] http://law.kuniv.edu.kw/mashael ، بتاريخ 2009/2/8، الساعة 8:27 ص

أما الفقيه بارتان فقد عرف ورقة الضد بالقول:" أنها اتفاق يبطل اتفاقاً سابقاً غير جدي أو يبطل بعض شروط غير جدية في اتفاق سابق مع اتحاد المتعاقدين في كل من العقدين"[90].

يختلف الباحث مع الفقيه بارتان في هذا التعريف بقوله أن ورقة الضد اتفـاق يبطـل اتفـاق سابق، حيث أننا إذا قلنا ذلك سنكون بصدد اتفاق جديد يلغي اتفاق سابق، وهذا غيـر صـحيح، حيث تظهر لنا شروط الصورية أن المعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الحقيقـي هـي شرط أساسي، وهذا ما لا يظهر من تعريف الفقيه بارتان. ولكن لا يعني هذا أن التعريـف لـم يتميز عن سابقه في بيان وصف وخصائص ورقة الضد، حيث وصف ورقة الضد بأنها عقـد، ولم يقل كسابقه بأنها مستند، وقد بينا أن المستند قد يكون عقد وقد لا يكون. أما خصائص ورقة الضد فتتمثل في: التعارض بين العقد الحقيقي والعقد الصوري، وصورية العقد الظاهر، واتحـاد المتعاقدين في العقد.

عرف العلامة مارسيل بلا تبول ورقة الضد بالقول:" معنى الصورية أن يكون هنـاك عقـدان صادران في وقت واحد احدهما ظاهر والثاني خفي من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطـال أثره بالمرة ويسمى العقد الخفي ورقة الضد"[91].

يتضح لنا مما تقدم أن هذا التعريف جمع بين مفهوم الصورية ومفهوم ورقـة الضـد، فبـين شروط الصورية المتمثلة في: وجود عقدين، والمعاصرة الزمنية بين العقد الظاهر والعقد الخفي، وتناقض العقدان مع بعضهما البعض، ولكنه لم يتطرق إلى شرط اتحاد المتعاقـدين فـي كـلا العقدين، إلا أن ذلك يفهم ضمنيا من التعريف. أما ورقة الضد فقد وصفها بأنها عقد، وقـد بـين خصائص هذا العقد في: وجود تعارض بين العقدين، وهذا التعارض قد يكون جزئيا وقد يكـون كليا، وصورية العقد الظاهر، واتحاد المتعاقدين في العقد.

كما عرفت محكمة النقض الفلسطينية ورقة الضد في قراراها رقم 186 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 29/1/ 2005 بالقول:" ورقة الضد هي عقد مستتر يكتب سراً بين المتعاقدين ليمحو أثر العقد الظاهر كلياً أو جزئياً ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر[92]".

---

[90] مرزق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص123

[91] نقلا عن : الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الاردني**، مرجع سابق، ص571

خلاصة ما تقدم: يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أن العقد الصوري يختلف عن ورقة الضد أو العقد الحقيقي، فورقة الضد تعبر عن الاتفاق الحقيقي الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذ مضمونه، في حين أن العقد الصوري لا يرتب أثراً قانونياً بالنسبة للمتعاقدين، أما بالنسبة للغير فكونه هو العقد الظاهر لهم ويفترض بهم حسن النية، فإنه هو العقد النافذ فيما بينهم. وبالتالي فان العقد الحقيقي يلغي العقد الصوري أو يعدل في بعض شروطه أو أركانه أو ماهيته، فهما عقدان متناقضان إلا أن كلا منهما لا وجود له إلا بوجود العقد الآخر وإلا انقلب الوصف القانوني لكل منهما.

ثانيا: خصائص ورقة الضد

لورق الضد خصائص معينة تميزها عن غيرها، وأهم هذه الخصائص هي:

1- **أنها ورقة تثبت تعارض العقد الحقيقي مع العقد الظاهر:** تتطلب الصورية وجود اتفاقين متناقضين: احدهما حقيقي مستتر والآخر صوري ظاهر، فمن شأن العقد المستتر إلغاء العقد الظاهر كله أو جزء منه، أو يغير في ماهيته أو شرط من شروطه الجوهرية، أي أنهما ضدان لا يجتمعان، فلا يمكن تنفيذ العقدين معا[93].

فالعلامة الأساسية الفارقة لورقة الضد، تتمثل في عدم إمكانية تنفيذ العقدين معا، فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقدين معا فلا مجال للقول بوجود ورقة الضد. وهذا صحيح حيث أن العقد الحقيقي، هو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تنفيذ مضمونه، أما العقد الصوري فهو الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى عدم تنفيذه وجعله ستاراً للعقد الحقيقي، وبالتالي فإن العقد الحقيقي يتناقض مع العقد الظاهر وينفيه أو يعدل فيه. وما دور العقد الظاهر إلا في إخفاء العقد الحقيقي.

ينبغي الإشارة إلى أن هناك عدة تصرفات لا يمكن اعتبارها ورقة ضد، ومثال ذلك إذا وضع في عقد بيع قطعة أرض ثمنا أقل من الثمن الحقيقي، وأن الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الصوري تحررت به سندات أذنيه دون أن تذكر قيمة هذه السندات، فإن هذه السندات لا تعتبر ورقة ضد، لان شرط الصورية هو إخفاء العقد الحقيقي، وبقاؤه سراً بين المتعاقدين، فانتفت

---

[92] المقتفي/ منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، نقض رقم 186 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2005/1/29.

[93] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص124

الحكمة من الصورية في المفاجأة للغير بالعقد الحقيقي، فلا يمكن القول بوجود عقد ظاهر وآخر خفي يمكن أن يكون فخا للغير بل أن هذه السندات تعتبر متممة للعقد الحقيقي، أما إذا لم ينوه في العقد الظاهر إلى وجود فرق في الثمن الذي تحررت به السندات، فإن هذه السندات تعتبر ورقة ضد[94].

كذلك الحال فلا يعتبر ورقة ضد إذا كان العقد السري يبين ويوضح مصطلحات واردة في العقد لأن العقد السري في هذه الحالة يعتبر تابع للعقد الحقيقي ولا يوجد تعارض بينهما[95]. كذلك الحال بالنسبة للأجل، فلا يوجد تعارض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر في حال الأجل، حيث أن المدين قد يتنازل عن الأجل الذي منحه إياه الدائن، فقد ينص العقد على أن الدين يسدد على أقساط، ويذكر في العقد السري أن الدين يدفع فورا، أو العكس بحيث يرد في العقد الأصلي أن الدين يسدد فوراً، ويرد في العقد السري أن الدين يسدد على أقساط، فلا يعتبر هذا التصرف ورقة ضد، وذلك لأن الأجل يختص بتنفيذ العقد لا بتكوينه، في حين أن الشرط سواء كان واقفاً أو فاسخاً، قد يكون ورقة ضد، ومثال ذلك إذا ذكر في عقد البيع الظاهر أنه بيع قطعي بات ثم علق البيع في العقد السري على شرط واقف أو فاسخ، فإن هذا يعد تعارضاً بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر ولا يمكن التوفيق بينهما، لأن الشرط يتعلق بتكوين العقد لا بتنفيذه، لذلك يعتبر العقد الحقيقي ورقة ضد[96].

---

[94] الفكهاني، حسن وآخرون: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص572

الأجل ← هو وصف زمني (a temporal modality) يحدد موعد لبدء الالتزام أو انتهائه وهو نوعان

1. الأجل الواقف (suspensive term) ← هو الأجل الذي يفترض معه وجود التزام قام بالفعل، إلا هذا الالتزام قد تم تأجيل تنفيذه إلى أجل متفق عليه، فيكون غير مستحق الأداء قبل حلول الأجل، فإذا حل أصبح الالتزام نافذاً مستحق الأداء .
2. الأجل الفاسخ أو المنهي (extinctive or resolutory term) ← هو الأجل الذي يفترض معه وجود التزام مستحق الأداء قام بالفعل و يجبر المدين على تنفيذه، إلا أن حلول الأجل يؤدي إلى انتهاء الالتزام دون أثر رجعي.

للتفصيل انظر: law.kuniv.edu.kw/mashael بتاريخ 2009/2/17

[95] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق ، ص87.

[96] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص134

يعني الشرط الفاسخ في العقد: أن العقد يبقى منتجا آثاره بحق أطرافه ومستمرا في ذلك ، إلى أن يتحقق الشرط الذي يوقف آثار العقد.

أما الشرط الواقف في العقد يعني: أن العقد لا ينفذ بحق أحد أطرافه ، إلا إذا تحقق الشرط الذي يوقف نفاذ العقد.

للتوضيح انظر: www.startimes2.com بتاريخ 2009/2/17

يتفق الباحث مع هذا الرأي، لأن من خصائص ورقة الضد أن يوجد تناقض بين العقد الحقيقي والعقد الظاهر في ماهيته أو شروطه أو أركانه، وهذا غير متوافر في هذه الحالة، إذ لا يوجد اختلاف في الثمن وإنما الاختلاف في كيفية سداده، وهذا لا يعد تناقض في شروط وأركان وماهية العقد الحقيقي مع العقد الظاهر.

2- **صورية العقد الظاهر:** ظهر لنا من خلال تعريف صورية العقد الظاهر، أن المتعاقدين يكونان في مركزين قانونين متعارضين، أحدهما حقيقي إلا أنه مستتر، والآخر ظاهر إلا أنه صوري، لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرامه، والهدف منه ستر العقد الحقيقي عن الغير، وقد بين القانون أن العقد الظاهر لا أثر له بين المتعاقدين وخلفهما العام.

وقد بين بعض الفقهاء أن:" العقد الصوري هو الذي لا وجود له قانوناً لأنه ينقصه ركن الرضا. وغرض المتعاقدين الوحيد من العقد الصوري هو إخفاء العقد الحقيقي المستتر. فالعقد الظاهر معدوم لا اثر له قانونا لان المتعاقدين لم يقصداه، وليس هناك إلا إيجاب وقبول لا مرجع لهما من رضاهما، ولم يقصدا منه إلا أن يكون قناعاً للعقد المستتر الحقيقي ليخفيا الحقيقة عن الغير"[97].

ينكر هذا الرأي وجود أي أثر للعقد الصوري من الناحية القانونية، وهذا غير دقيق لأن العقد الظاهر وإن كان صورياً فانه يرتب آثاره بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وفق ما نصت عليه معظم القوانين كما بيناه سابقاً عند الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير، إلا أن الباحث يتفق مع هذا الرأي بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام. كما يتفق الباحث مع هذا الرأي في أن الغاية من العقد الظاهر تكمن في ستر العقد الحقيقي وإخفائه عن الغير حيث أن هذا البند يعد العلامة الفارقة ما بين العقد الصوري والعقد الحقيقي، فالعقد الصوري والعقد الظاهر عقدان متناقضان متعاصران. ويعني ذلك أن العقد الحقيقي هو الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف دون العقد الظاهر شريطة وجود التعاصر الذهني بين العقدين، ولا يشترط التعاصر المادي بل يكفي التعاصر الذهني بينهما.

[97] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص575

يتضح مما تقدم أن شرط التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر، وشرط صـــورية العقــد الظاهر مرتبطان مع بعضهما البعض فلا يكفي وجود التعارض والتناقض بـــين العقــدين بــل يشترط أن يكون العقد الظاهر صوري لم تتجه إرادة الأطراف إلى إنشائه إلا من أجــل إخفـــاء حقيقة العقد المستتر، كذلك الأمر بالنسبة لشرط وجود التعاصر الذهني بينهما، فإذا لم يتوفر هذا الشرط فإن الوصف القانوني للعقدين سوف يتغير.

3- **اتحاد المتعاقدين في العقد:** تعتبر هذه الخاصية من أهم شروط ورقة الضد، وذلك لأن ورقة الضد أو العقد الحقيقي يلغي أو يعدل في العقد الظاهر كلياً أو جزئياً، والذي يملك حق التعديل أو الإلغاء في العقد هم المتعاقدون أنفسهم دون غيرهم، مما يعنـــي أن هـــذه الخاصـــية مرتبطـــة بالخاصية الأولى المتمثلة في التناقض بين العقد الظاهر والعقد المستتر.

يفترض معظم الفقهاء أن العقد المستتر يصدر دائماً من المتعاقدين أنفسهم، ولكن ننوه إلى أنـــه لا يشترط اتحاد المتعاقدين شخصيا، بل يكفي اتحادهما اتحاداً قانونياً، فقد يحل مكان المتعاقـــدين وكلاء عنهم في تحرير ورقة الضد أو العكس، كما يمكن أن يحرر ورثة المتعاقدين ورقة الضد، وقد سبق بيان أن ورقة الضد تكتب في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الظاهر إلا أن هـــذا لا يمنع من أن تكتب ورقة الضد في وقت لاحق قد يطول أو يقصر، ولا يغير ذلك في اعتبارهـــا ورقة ضد، مادام أن هناك تعاصراً ذهنياً[98].

بناء على ذلك فان التعاقد بطريق التسخير لا يعتبر ورقة ضد، حيث تنقصه خاصـــية اتحـــاد المتعاقدين في العقد الحقيقي والعقد الصوري[99]. وقد بينا أن الصورية بطريق التســـخير تكـــون نتيجة منع المشرع بعض الأفراد من التعاقد أو التملك بأسمائهم. فيلجأ الأفراد إلى طرق احتيالية يستطيعون من خلالها التغلب على المنع القانوني، بحيث يكلف الشخص الممنوع من

الشراء شخصاً يثق به بإبرام عقد البيع مع البائع لحسابه.

يتضح مما سبق أن الصورية بطريق التسخير ينتج عنها مركزان قانونيـــان، فيكـــون الوكيـــل المسخر بالنسبة للغير هو صاحب الحق، واليه يضاف أثر التصرف دائناً أو مديناً، والثاني

---

[98] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص578

[99] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص153

للموكل إذ يعتبر المسخر وكيلا عمن وكله[100].

يعني ذلك أنه لا يوجد اتحاد بين المتعاقدين في العقد الظاهر والعقد المستتر حيث أن العلاقة في العقد الظاهر تكون بين الوكيل المسخر والبائع، في حين أن العلاقة في العقد المستتر تكون بين الوكيل المسخر والموكل، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود صورية كون أن طبيعة الصورية بالتسخير تتطلب ذلك.

4- التعاصر الذهني بين ورقة الضد والعقد الصوري: يجب أن يكون بين العقد الظاهر والعقد المستتر تعاصر ذهني وإلا سوف نكون أمام عقدين مختلفين يلتزم بمضمونهما كلا الطرفين. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1949/12/15 بأنه:" يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما"[101]. يفهم من هذا القرار، أنه لا يشترط وجود المعاصرة المادية بين العقدين الظاهر والمستتر بل يكفي المعاصرة الذهنية، وبناء عليه فإنه إذا اتحد تاريخ العقدين فقد يكون ذلك دليل على وجود الصورية، ولكن في حال اختلاف التاريخ لا يعني بالضرورة أن العقد الظاهر هو عقد جدي.

ثالثا: شكل ورقة الضد: وضحت معظم التشريعات في العالم الأثر القانوني المترتب على ورقة الضد، إلا أن هذه التشريعات لم تشترط لها شكلاً معيناً، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في المادة 368 والمادة 369 من القانون المدني، في حين أن المشرع المصري قيد حرية الأفراد بالنسبة للعقود التي تتطلب شكلاً معيناً لإبرامها فلم يمنح الأفراد الحرية المطلقة في إبرام العقد المستتر كما يرونه مناسباً، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري:" أن إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر، كالهبة في صورة البيع. ففي مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعاً، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف، فيما عدا شرط الشكل استثناء"[102].

---

[100] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص580

[101] نقض رقم 30، ص103، نقلا عن: مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص136

[102] عبد التواب، معوض:**المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، مرجع سابق، ص1036

بناء على ذلك فإن المشرع الأردني ترك شكل ورقة الضد للقواعد العامـــة ولإرادة الأفـــراد، بحيث يكون لهم مطلق الحرية في تحريرها بالشكل الذي يرونه مناسباً، أما المشرع المصـــري فقد قيد حرية الأفراد بخصوص العقود التي تتطلب شكلاً معيناً، وهذا يعني أن العقد لكي يحقـــق نتائجه يجب أن يستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون.

وبما أن ورقة الضد تمثل العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف تحت ســـتار العقـــد الظاهر فلا بد لها أن تكون ثابتة بالكتابة حتى يحتج بها في مواجهة من يتمسك بالعقد الظاهر،

سواء أكان أحد المتعاقدين أو ورثته أو خلفائه[103].

قد تكون ورقة الضد عرفية بينما يكون العقد الظاهر رسمياً، وقد تكون ورقة الضـــد رســـمية والعقد الظاهر عرفياً، وكلاهما صحيحان، إلا أن هذه الشكلية ليس من شأنها أن تجعـــل ورقـــة الضد تسري في مواجهة الغير، لأن ما يحيط بها من سرية وخفاء يبقى قائماً سواء أصدرت في شكل عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت أو غير ثابت التاريخ. كما أن العقد الصوري الذي تعامـــل الغير على أساسه لا يزال موجودا فلا يصح أن يحتج في مواجهة الغير بأمر كان يجهله[104].

وبما أن العقد المستتر يخالف ما هو ثابت في العقد الظاهر فانه يشترط به السرية، وفي حـــال تم إعلانه وشهره، تكون حكمة وآثار الاستتار قد عرفت وانتشرت. لذلك فانه يكفي لقيام ورقـــة الضد أو إحداثها لآثارها القانونية أن تكون ثابتة بالكتابة، وورقة الضد غيـــر المشـــهرة يجـــوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ متى ثبت أنها في حقيقتها ليست تفاســـخا، بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ[105].

أما عن الوقت الذي تحرر فيه ورقة الضد فقد سبق أن بينا أن التعاصر الذهني بين العقـــدين من أهم شروط الصورية، وليست المعاصرة المادية، فقد تكتب ورقة الضد في نفس الوقت الذي يكتب فيه العقد الصوري وهذا هو الغالب، ولكن لا يوجد ما يمنع من كتابتها في وقـــت لاحـــق. واتحاد التاريخ قد يكون دليلا على وجود الصورية ولكن اختلافهما ليس دليلا على عدم وجودها.

---

[103] العمروسى، انور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص377

[104] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص582

[105] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص377

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 12/1/ 1949 المذكور آنفا ذلك بالقول:"ليس باللازم الضروري لورقة الضد أن يتم تحريرها في نفس الزمان والمكان الذي يتحرر فيه التعاقد الظاهر بل العبرة بما عقد عليه المتعاقدان النية وبما قصداه منها حال تحريره"[106]. يؤكد لنا هذا القرار أن شرط المعاصرة الذهنية هو الواجب توافره، وليست المعاصرة المادية، وان الاختلاف في التاريخ لا يعني بالضرورة عدم وجود الصورية. كما ان القضاء اعتمد في هذا القرار على نية المتعاقدين، فهي التي تبين ما إذا كان يوجد تعاصر ذهني بين العقد الظاهر والعقد الصوري أم لا.

الفرع الثاني: آثار ورقة الضد

تختلف آثار ورقة الضد بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام، عن آثارها بالنسبة للغير.

أولا: آثار ورقة الضد بالنسبة للمتعاقدين ولخلفهما العام

نصت المادة (369) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة1976 انه:" إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي". إن العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد المستتر (الحقيقي) حيث أن إرادة الأفراد اتجهت إلى إبرامه ولم تتجه إلى إبرام العقد الصوري، وما وجد العقد الصوري إلا كستار للعقد الحقيقي، مما يعني أن ورقة الضد هي العقد الحقيقي الذي يسري في مواجهة المتعاقدين وخلفهما العام، ولا يستطيع أي من طرفيه أن يحتج بالعقد الصوري في مواجهة الآخر[107].

ثانيا: آثار ورقة الضد بالنسبة للغير

نصت المادة (368) من القانون المدني الأردني على مايلي:" إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم.

---

[106] طعن رقم 205، جلسة 1949/12/1،ص327، نقلا عن: مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص168

[107] راجع آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين، ص54

1- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

نوقشت هذه المادة عند الحديث عن آثار الصورية بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وقد بينا اثر ورقة الضد بالنسبة للغير وللخلف الخاص، وقلنا أن للغير وللخلف الخاص الحق في التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة بعضهم البعض شريطة أن يكونوا حسني النية وحفاظا على استقرار المعاملات، إلا أن المشرع لم يحرم الغير والخلف الخاص من التمسك بورقة الضد شريطة أن يثبتوا وجودها بكافة طرق الإثبات إلا انه إذا تعارضت مصالح الأطراف مع بعضهم البعض فالعقد النافذ هو العقد الصوري ولا وجود للعقد المستتر. وقد ناقشنا ذلك بالتفصيل فيما سبق.

المبحث الثاني

دعوى الصورية

تهدف الدعوى الصورية إلى حماية حقوق الدائنين، في المحافظة على الضمان العام لديونهم عند المدينين، وبذلك فإنه يشترط فيمن يلجأ إليها أن يتمتع بالأهلية القانونية لكي يستطيع مباشرة الدعوى، وفي حال كان ناقص الأهلية فإن الذي يحل مكانه الولي أو الوصي عليه، أي أنه يفترض به أن يكون صاحب صفة، كما يفترض به أن يكون صاحب مصلحة في رفعها، وشرط المصلحة سيتم معالجته بشكل أوسع فيما بعد. ولذلك فقد خصص المطلب الأول لدراسة ماهية دعوى الصورية، والثاني لدراسة مباشرة الدعوى الصورية وأثر الحكم فيها.

المطلب الأول: ماهية دعوى الصورية

الفرع الأول: مقارنة دعوى الصورية مع غيرها:

سيكون محور المقارنة ما بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة، والمقارنة ما بين الدعوى الصورية والدعوى البوليصية، حيث يجمع هذه الدعاوى الثلاث أنها تشكل الضمان العام للدائنين وحماية حقوقهم، وسنبين في هذه المقارنة أوجه الخلاف والشبه بينهما، وهي على النحو التالي:

أولا: مقارنة دعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة

يقصد بالدعوى غير المباشرة :"استعمال الدائن حقوق مدينه في أن يطالب مدين مدينه بما يكون مستحقا له"[108]. ويعني ذلك استخدام الدائن للحق الذي منحه إياه القانون بأن ينوب محل مدينه في مطالبة مدين مدينه بما عليه من استحقاقات لمدينه، فلو كان لدينا الدائن (أ) والمـدين الأول (ب) والمدين الثاني (ج)، فانه يحق للدائن (أ) أن ينوب محل المدين (ب) بالمطالبة بحقوقه المسـتحقة في ذمة المدين (ج).

بعد بيان مفهوم الدعوى غير المباشرة فإننا نستطيع المقارنة بينها وبين دعوى الصورية وبيان أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينهما على النحو التالي.

أ- أوجه الشبه بين الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة

1- لا يشترط في كلا الدعويين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ولا يكون سابقاً علـى التصرف الصادر من المدين، حيث جاء في المادة (366) من القانون المدني الأردني رقـم 43 لسنة 1976 مايلي:"1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر مدينه جميع حقـوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصية خاصة أو غير قابل للحجز......".

2- إن كلا الدعويين تفيد جميع الدائنين الذين دخلوا في الخصومة والذين لم يدخلوا على حد سواء[109]. ويعني ذلك أن كل دائني المدين الأول يستفيدون من كلتا الدعويين ولا يشترط دخولهم جميعا في الخصومة لكي يستفيدوا من أي منهما.

ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين

1- إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية ورفع الدعوى باسمه هو، وإذا تمسـك بالعقـد المستتر نيابة عن المدين، بأن يرفع الدعوى باسم المدين نجد أن للدائن إثبات الصـورية بكافـة طرق الإثبات لأنه من الغير، أما في الدعوى غير المباشرة التي يرفعهـا باسـم المـدين، فـلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي منحت للمدين، فلا يجوز إثبات تصرف

---

[108] www.f-law.net/law/showthread.php بتاريخ 2009/3/15

[109] العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص167

بالشهادة، وقد اشترط القانون إثباته بالكتابة، ولا يجوز له إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة[110].

2- إذا طعن الدائن بالصورية، فلا حاجة إلى إثبات إعسار المدين، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد[111].

3- إذا اختار الدائن دعوى الصورية، لم يستطع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر، لأن الدائن يعتبر من الغير بالنسبة لأثر الصورية، أما إذا تمسك بالعقد المستتر ، نيابة عن المدين جاز للخصم أن يدفع هذه الدعوى بكافة الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هو الذي تمسك بالعقد المستتر[112].

ثانيا: مقارنة الدعوى الصورية مع دعوى عدم نفاذ التصرف

تعرف محكمة التمييز الأردنية الدعوى البوليصيه بأنها:" دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق الدائن، وهي طريق يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير في تصرف صدر عن مدينه المعسر أضر بحقوقه أي أنها دعوى بطلان من نوع خاص وحيث أن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين فليس للغير أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه"[113]. وبعد بيان مفهوم الدعوى البوليصية فإننا سنقوم ببيان أوجه الشبه والخلاف بينها وبين الدعوى الصورية.

أ- أوجه الشبه بين الدعوى الصورية والدعوى البوليصية

تتشابه الدعوى الصورية مع الدعوى البوليصية بأن المدين في كلتيهما يحاول أن يتجنب تنفيذ الدائن على ماله، فيتصرف في ماله تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً، وفي كلتا الحالتين لا ينفذ

---

[110] الحلالشة، عبدالرحمن احمد جمعه: **لوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي (أحكام الالتزام)**، مرجع سابق، ص166

[111] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص145

[112] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص517

[113] قرار رقم 461 لسنة 1991 نقلا عن: الحلالشة، عبدالرحمن احمد جمعه: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي (أحكام الالتزام)**، مرجع سابق، ص172

تصرف المدين في حق الدائن[114]. كما تتشابه الدعوتان في أن أثر الحكم يتعدى الدائن المحكوم له، إلى سائر الدائنين، بحيث يستفيد الدائنون جميعا من الحكم، وإن لم يشترك بعضهم في رفع الدعوى، أو لم يتدخل فيها[115]. وقد بينت ذلك المادة (373) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 بالقول:" متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به"[116]. على الرغم من وجود التشابه بين الدعوتين إلا أن الاختلاف بينهما واضح.

ب- أوجه الاختلاف بين الدعويين

1- في الدعوى الصورية يكون تصرف المدين في ماله تصرفاً صورياً أي ليس جدياً، في حين أنه في الدعوى البوليصية يكون تصرف المدين تصرفاً جدياً[117]. مما يعني ذلك أن تصرف المدين الظاهر ليس له وجود قانوني بين المتعاقدين، في حين أن تصرف المدين في الدعوى البوليصية يكون له وجود قانوني مع احتوائه على الغش والاحتيال على حقوق الدائنين. ويترتب على ذلك أن المدين يستطيع أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري، في حين أنه لا يستطيع ذلك في الدعوى البوليصية لأن البيع الذي صدر منه جدياً[118].

2- في الدعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وإنما يكفي أن يكون حقه خالياً من النزاع، في حين أنه في الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء[119]. إلا أن هذا الشرط لم تأخذ به كل القوانين، فالمشرع المصري اشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وقد نص على ذلك في المادة (237) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 بالقول:" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه.........". إلا أن المشرع الأردني لم ينص على هذا الشرط كما فعل المشرع المصري، ولكنه فرق بين نوعين من التصرفات وهما التبرع والمعاوضة.

---

[114] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص169

[115] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص518

[116] يطابقها نص المادة (240) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

[117] سلطان، أنور: **أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)**، مرجع سابق، ص149

[118] الشواربي، عبد الحميد والدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص137

[119] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص169

أما بالنسبة للتبرع فيتبين من نص المادة (370) من القانون المدني الأردني أن المشرع تأثر بأحكام الفقه الإسلامي التي بموجبها لا تنفذ تبرعات المدين الذي أحاط الدين بماله في حق الدائن سواء أكان حقه مستحق الأداء أم لا. أما بالنسبة للمعاوضات فيتبين من نص المادة (371) من القانون ذاته أنه إذا أصبح حق الدائن مستحق الأداء، فإن لهذا الدائن أن يطلب عدم نفاذ بيوع هذا المدين في حقه ولو تمت هذه التصرفات بدون محاباة[120].

3- الدعوى الصورية يستطيع أن يرفعها كل من له مصلحة مشروعة سواء أكان الدائن أو الخلف الخاص أو احد المتعاقدين في حين أن الدعوى البوليصية لا يرفعها إلا الدائن. كما انه لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه[121].

4- لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون المقصود بالتصرف المطعون فيه الإضرار بالدائن ولو كان معاوضة، أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن. كما أنه لا يشترط في الدعوى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قد سبب إعسار المدين، أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره[122].

5- إذا تنازع دائن البائع مع دائن المشتري في الدعوى الصورية، كانت الأفضلية لدائن المشتري، في حين أنه في الدعوى البوليصية إذا باع المدين عيناً قاصداً الإضرار بدائنيه، اعتبر البيع غير نافذ في حقهم ويقدّم هؤلاء الدائنون في استيفاء حقوقهم على دائني المشتري[123].

خلاصة ما تقدم أن الدعوى الصورية والدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تتفق جميعها مع بعضها البعض في أنها تحمي الضمان العام لحقوق الدائنين، وقد بينا من خلال المقارنة بينهما أنه يوجد تشابه بينها في مواقع معينة، إلا أن الخلاف بينها قائم حيث أن لكل منها

---

[120] الحلالشة، عبد الرحمن احمد جمعه: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي (أحكام الالتزام)**، مرجع سابق، ص174

[121] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص136

[122] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص169

[123] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص523

شروط خاصة، كما يترتب على كل منها آثار قد لا تترتب على الدعوى الأخرى. وبعد بيان الفروق فيما بين الدعاوى الثلاث سنبدأ بدراسة مقومات الدعوى الصورية وكيفية مباشرتها.

الفرع الثاني: مقومات الدعوى الصورية

يستلزم موضوع مقومات الدعوى الصورية معرفة موضوعها وأساسها، والمسائل اللازمة لمباشرتها.

أولا: أساس الدعوى الصورية

تنص المادة (365) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على ما يلي:" مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان"[124]. بناء على هذا النص فإن أموال المدين جميعها تدخل في الضمان العام للدائنين، أي أنه يجوز للدائن الحاصل على حكم قضائي، أو الذي بحوزته سند تنفيذي أن يختار ما يشاء من أموال المدين لينفذ عليها[125]. ولا يجوز للمدين أن يتصرف في أمواله إذا كان من شأنها أن تنقص من الضمان العام للدائنين. ويرتبط هذا النص بالدعوى الصورية ارتباطا وثيقا حيث أن الدائن يرفع الدعوى الصورية من أجل إثبات أن التصرف الظاهر الذي قام به المدين هو صوري وأن الأموال محل التصرف ما زالت في ذمته، ولم تخرج منها، أي أن الأموال التي تصرف بها المدين صورياً، يستطيع الدائن أو كل من له مصلحة أن يثبت صوريتها، ويعيدها إلى ذمة المدين لتضاف إلى الضمان العام للدائنين.

أما الأساس الذي تقوم عليه الدعوى الصورية فيتمثل في الضرر الذي يصيب الدائن سواء أكانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة، حيث أن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري يكون قد أخل بالتزام تبعي وهو (المحافظة على الضمان العام للدائنين) إلى جانب الالتزام الأصلي (سداد الدين)[126].

---

[124] يقابلها نص المادة (234) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

[125] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص113

[126] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص391

كما أنها تجد أساسها في مبدأ احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وعدم ترك الظاهر الخادع ينتج أثراً قانونياً لم تتجه إليه إرادة الأطراف أصلاً، وعندما ينكر أحد الأطراف صـــورية التصـــرف كان لابد من اللجوء إلى القضاء وإثبات صورية التصرف. كما أنها تجد أساسها في الحفاظ على حقوق الورثة إذا أقيمت من أحدهم[127].

نجد من خلال ما تقدم أن أساس الدعوى الصورية يدور حول فكرة الحفاظ على حقوق الدائنين من أجل عدم إنقاص الضمان العام لهم، حيث أن هدف المدين في الغالب يكـــون التهـــرب مـــن الدائنين، والإضرار بهم، وبناء عليه فكان لا بد للمشرع أن يرسم طريقاً للدائن لكي يحمي حقـــه في مواجهة المدين الذي يحاول الإضرار به، فسمح للدائن أن يرفع دعوى يثبت فيهـــا صـــورية التصرف الذي قام به المدين وينكر فيها صحة وقوع هذا التصرف، وبذلك يكون المشـــرع قـــد تصدى لمحاولة المدين تهريب أمواله من الضمان العام للدائنين، على أنه ألزم الـــدائن بإثبـــات صورية التصرف الذي قام به المدين.

ثانيا: المسائل اللازمة لمباشرة الدعوى الصورية

1- **أطراف الدعوى الصورية**

لكل صاحب مصلحة الحق في رفع الدعوى الصورية ما لم ينص القانون على خلاف ذلـــك، وبناءً عليه فإن الدعوى الصورية قد ترفع من قبل أحد العاقدين، أو من أي شـــخص آخـــر لـــه مصلحة في التمسك بالعقد المستتر والحكم بصورية العقد الظاهر، فقد ترفع من قبل البائع لكـــي يتخلص من التزامات البائع، أو من قبل المشتري الصوري لكي يتخلص من التزامات المشتري.

كما يمكن أن ترفع من قبل ورثة كل من البائع والمشتري للغرض نفسه، كما يمكن أن ترفـــع من قبل دائني البائع لكي يستطيعوا التنفيذ على المال المباع صورياً، كما يمكن أن ترفع من قبل الغير أي كل من تلقى من البائع حقاً متعلقاً بـــذلك المـــال كمشـــترٍ ثـــانٍ أو دائـــن مـــرتهن أو مستأجر[128].

---

[127] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص387

[128] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص599

بناء على ذلك فلا يتصور رفع الدعوى من قبل الأشخاص المستفيدين من الصورية، والذين من مصلحتهم عادة التمسك بالعقد الظاهر، كالموهوب له، والموصى لـــه، والمشـــتري الصـــوري، وخلفهم العام أو الخاص ودائنيهم[129].

2- المصلحة في رفع الدعوى الصورية

تعرّف المصـــلحة:" بأنها الفائدة المادية أو المعنوية التي يرمي صاحب الدعوى الحصول عليها من وراء ممارسته للدعوى"[130]. والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية، ويشترط فيهـــا أن تكون مباشرة وأن تكون قائمة وحالة، والمصلحة غير القانونية لا يعتد بها ولا تكفي لقبـــول الدعوى، وتكون غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب أو كانت مصلحة اقتصـــادية. ومثال حول المصلحة المخالفة للنظام العام والآداب، عندما يطلب شخص من خليلته تنفيذ عقد تم بينه وبينها يقضي باستمرار العلاقة بينهما. ومثال على المصلحة الاقتصادية، عندما يطلب تاجر بطلان عقد تأسيس شركة تنافسه في تجارته دون أن يكون شريكاً فيها[131].

يشترط كقاعدة عامة في أي دعوى أن يكون لصاحبها مصلحة في رفعها، أو الدفاع عنها، وقد نصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 على ذلك بالقول:" 1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمـــة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصـــلحة وفقـــا للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"[132].

ينطبق هذا النص على الدعوى الصورية، وبذلك يمكن أن ترفع دعوى الصورية من قبل جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة مباشرة في إعلان الصورية والتمسك بالحقيقة، وقد سبق بيان مـــن لهم مصلحة في رفعها، وقد تكون المصلحة محتملة، الغرض منها دفع ضرر محقق، ومثال ذلك

---

[129] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص389

[130] المصري، محمد وليد هاشم: **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، ط1، عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2003، ص160

[131] أبو الوفا، احمد: **المرافعات المدنية والتجارية**، ط15، الإسكندرية، منشأة المعارف، د سنه، ص123

[132] يقابلها المادة 3 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 والمادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 26 لسنة 2002

الدائن الذي لم يصبح دينه حال الأداء ويقوم برفع الدعوى الصورية بقصـــد إثبـــات أن أمـــوال المدين لم تخرج من ذمته، فتكون مصلحته في رفع الدعوى دفع ضرر محدق، يتجلى في إنقاص الذمة المالية للمدين وهو بدوره يحافظ على الضمان العام للدائنين، إلا أن ذلك لا يعني أن كـــل مصلحة محتمله يمكن رفع الدعوى بناء عليها.

أما إذا لم يكن للدائن مصلحة مباشرة في رفع الدعوى الصورية، فان دعواه لن تقبـــل، حيـــث تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، كما يمنع من التمسك بصورية العقـــد، وقـــد ضرب لنا القاضي عبد الله سامي مثالا على ذلك بالقول:" لا يجوز للناخب الطعن بصورية عقد يملك المرشح بمقتضاه، النصاب المالي اللازم للترشيح وان جاز ذلك لمرشح آخر، ينافس الأول لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة للناخب، ولتحققها بالنسبة للمرشح الآخر"[133]. وقـــد قضت محكمة التمييز الأردنية بخصوص المصلحة في قرارها الصادر سنة 1997 بـــالقول:" أن المصلحة مناط الدعوى وشرط لقبولها ولا يقبل طعن من غير ذي مصلحة....."[134]. يؤكد هـــذا النص على ضرورة وجود المصلحة لقبول الدعوى مما يعني أن أي دعوى أو طلب أو طعن لا يوجد لصاحبه مصلحة لا يمكن قبولها.

المطلب الثاني: مباشرة الدعوى الصورية

وضحنا فيما سبق أن المدعي يجب أن يكون له مصلحة في رفع الـــدعوى الصـــورية حتـــى يستطيع مباشرتها. إلا أن هذا لا يكفي بل يجب معرفة المحكمة المختصة بالنظر فـــي الـــدعوى الصورية، وتقادم الدعوى الصورية، كذلك الأمر دراسة وسائل الإثبات، وأثر الحكـــم الصـــادر فيها.

الفرع الأول: المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية:

لكي نحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية فإنه يجب علينا الوقوف على حقيقة التصرف الحاصل، بصرف النظر عن العناصر الظاهرة التي يحرص الفرقاء علـــى إبرازهـــا بشكل وهمي، ويكون ذلك بالرجوع إلى ورقة الضد إن وجدت،

---

[133] عبدالله، سامي:**نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص393

[134] تمييز حقوق رقم 335 /96 الصادر سنة 1997 نقلا عن: المرجع السابق، ص 161

أو عن طريق كافة العناصر الموضوعية التي رافقت تنفيذ الاتفاقات الحقيقية[135].

يعني ذلك أن العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، هو الذي يحدد المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى المرفوعة من قبل أحدهم، أو من قبل خلفهم العام، فعلى سبيل المثال إذا كان الثمن في عقد البيع الحقيقي المستتر خمسة وعشرين ألف دينار أردني، وكان في عقد البيع الصوري خمسة ألاف دينار، فان الثمن الحقيقي هو الذي يحدد المحكمة المختصة.

وقد بينت ذلك الفقرة الأولى من المادة 39 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 بالقول:" تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي: 1- الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (10000) عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا....."[136]. أي أنه إذا كانت قيمة العقد الحقيقي تزيد عن عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، فإن محكمة البداية هي المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الصورية، أما إذا كانت قيمة العقد الحقيقي أقل مما ذكر، فإن المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى هي محكمة الصلح.

أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الخلف الخاص أو من قبل الغير، فان الذي يحدد المحكمة المختصة هو العقد الظاهر حيث أنه هو العقد النافذ فيما بينهم، وقد أكد ذلك قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/11/27 بالقول أنه:" متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع باعتباره من الغير في هذا العقد إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه"[137].

وعندما يحدث تنازع في الاختصاص بين محكمتين نظاميتين، فإنه يفترض بنا التوجه إلى محكمة النقض لحسم النزاع وقد بينت ذلك الفقرة الأولى من المادة 51 من قانون أصول

---

[135] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص408

[136] تم تعديل هذا النص بموجب قانون رقم (5) لسنة 2005م الخاص بتعديل أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) 2001م/ ماده 1 لتصبح على النحو التالي:" تعدل المادة (39) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 لتصبح على النحو التالي:

تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي:

1. الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (10,000) عشرة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا

[137] طعن رقم 324، الصادر بتاريخ 1975/11/27 ص1515 نقلا عن: www.shaimaaatalla.com بتاريخ 2009/4/29

المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 بالقول:" 1- إذا وقع تنازع في الاختصاص بين محكمتين نظاميتين في دعوى واحدة وقررت كلتاهما اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر الدعوى، فيجوز لأي من الخصوم أن يطلب من محكمة النقض حسم التنازع وتعيين المحكمة المختصة".

نخلص مما تقدم أن الذي يحدد المحكمة المختصة فيما بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي، وذلك احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، في حين أن الذي يحدد المحكمة المختصة بالنسبة للغير هو العقد الصوري، وذلك احتراماً لمبدأ استقرار المعاملات.

الفرع الثاني: تقادم الدعوى الصورية

لم يعالج المشرع الأردني أو المصري مسألة تقادم الدعوى الصورية، بل ترك الأمر مفتوحاً لاجتهادات الفقهاء، وقد اختلف الفقهاء حول مسألة التقادم فمنهم من ذهب إلى أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم، سواء رفعت من أحد أطراف العقد الصوري أو من الغير لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها[138].

وهذا ما أيده القضاء المصري في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1973/4/10 حيث جاء فيه:" إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر، لا يسقط بالتقادم"[139]. وبناء عليه وبما أن الصورية النسبية لا تسقط بالتقادم، فإن الصورية المطلقة لا تسقط بالتقادم، وذلك لأن العقد الظاهر أصلا لا وجود له، وهذه حقيقة مستمرة لا تزول بالتقادم، وقد اكدت محكمة النقض السورية هذا الرأي في قرارها رقم 1104 الصادر بتاريخ 1997/8/24 حيث جاء فيه:" ان دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء وقعت من احد طرفي العقد او من الغير"[140].

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى، فإن ذلك لا يمنع من سريان

---

[138] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص312

[139] طعن رقم 109 الصادر بتاريخ 1973/4/10، ص577، نقلا عن: عبد التواب، معوض: **الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض،** ط7، طنطا، مصر، د. ناشر، 2003،ص 323

[140] مجلة المحامون ، العدد الخامس والسادس، 2002،ص852

التقادم بالنسبة للدعوى الأخرى، ومثال ذلك إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع، فيكون لدينا دعويان: الأولى تتعلق بصورية عقد البيع وهي لا تسقط التقادم، في حين أن دعوى بطلان عقد الهبة تسقط بالتقادم[141].

أما الرأي الآخر، فيرى أن المشرع لم ينص على مدة تقادم للدعوى الصورية، فيفترض اللجوء للقواعد العامة والتي تحدد مدة التقادم بمضي خمس عشرة سنةً. والغاية من ذلك استقرار التعامل بين الأفراد، كما يبين هذا الرأي أن هذه المدة الطويلة وإن لم يكن من شأنها أن تجعل للعقد الصوري الذي لا وجود له قانونا– وجودا قانونياً، إلا أنه من شأنها أن تمنع سماع الدعوى بعد مضي مدة التقادم[142].

وقد أيد هذا الرأي قرار محكمة استئناف جبل لبنان الصادر بتاريخ 1963/11/21 حيث جاء فيه:" إن هذه المحكمة تتبنى الرأي القائل بوجوب إخضاع هذه الدعوى لمرور الزمن"[143]. لقد اعتمد القضاء في هذا القرار على مبدأ استقرار المعاملات، وبين أن هذا التصرف ينطوي على الغش ولا يجوز إبقاء الغش مستمرا مدة تزيد عن مدة مرور الزمن.

قلنا أن الغاية من دعوى الصورية إثبات عدم وجود العقد الظاهر من الناحية القانونية، وهذه حقيقة مستمرة، لا يمكن أن تتغير بمرور الزمن، وبناءً عليه فان الباحث يرى أنه إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل أحد أطراف العقد، فإن الدعوى يجب أن تخضع للتقادم المانع من سماع الدعوى، حيث أن كليهما يعلم بصورية العقد الظاهر، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الغير، فإنه لا يفترض علمهم بصورية العقد الظاهر، وبناءً عليه فإن الدعوى الصورية لا تسقط بالتقادم في حقهم.

---

[141] الفكهاني، حسن وشركاه: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص603

[142] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص405

[143] نقلا عن: شلالا، نزيه نعيم: **دعوى الصورية**، مرجع سابق، ص247

الفرع الثالث: الإثبات في الدعوى الصورية

أوردت القواعد العامة المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية أن عبء الإثبات يقع أصلاً على المدعي، حيث جاء في المادة (6) منها:" أن البينة للمدعي واليمين على من أنكر"[144]. ويعني ذلك أن عبء إثبات صورية التصرف على من يدعي الصورية واليمين على من ينكرها. وقد أكدت ذلك محكمة الاستئناف الفلسطينية في قرارها رقم 19 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2004/9/21 حيث جاء فيه ان:"عبء إثبات الصورية على من يدعيها".[145] ومع ذلك فان طرق إثبات الصورية، تختلف فيما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد على الآخر، عما إذا كانت مرفوعة من الغير ضد طرفي التصرف الصوري أو ضد الغير.

1-الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد على الآخر أو من يمثله: عندما تكون الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد الصوري أو من خلفهم العام أو ممن يمثلهم على الآخر، فإننا نطبق عليه القواعد العامة في الإثبات[146].

ويعني ذلك، أننا ننظر إلى العقد الصوري هل هو عقد تجاري أم عقد مدني، فإذا كان عقداً تجارياً فإنه يمكن إثبات صوريته بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان عقداً مدنياً، فإننا ننظر إلى قيمة الالتزام، هل تزيد قيمته عن مائتي دينار أم لا، فإذا كانت قيمته تعادل مائتي دينار أو أقل فإنه ينطبق عليه الحكم السابق، وهو إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات.

وقد نصت المادة (68/أ) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001على ذلك بالقول أنه:" في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[147].

---

[144] مجلة الاحكام العدلية

[145] المقتفي: منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، قرار استئناف رقم 19 لسنة 2004 والصادر بتاريخ 2004/9/21

[146] العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص104

[147] يقابلها نص المادة 28 من قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952. وفيها حدد المشرع الأردني قيمة الالتزام المدني الذي يجوز إثباته بشهادة الشهود بمائة دينار أردني فقط، وليست مائتي دينار أردني. كما يقابها نص المادة 60 من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968، وقد حدد المشرع قيمة الالزام المدني الذي يجوز اثباته بشهادة الشهود بخمسماية جنيه مصري فقط.

أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد عن مائتي دينار، فإنه لا يجوز إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، وهذا بناءً على ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (70) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني التي تنص على الآتي:" لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الحالات الآتية: 1- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابي"[148].

وقد أكدت لنا هذه المادة أن ما هو ثابت بالكتابة لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة، وحيث أن العقد المستتر أو الحقيقي مخالف للعقد الظاهر الثابت بالكتابة، فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، كما أكدت محكمة النقض الفلسطينية ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2004/4/19 حيث جاء فيه:" ... أن القاعدة في إثبات الصورية هي أنه يجب أن يكون إثبات عكس المكتوب بمكتوب غيره أو بالإقرار أو اليمين، إلا أن تكون الحقيقة المراد إثباتها أمراً غير مشروع يعتبر إخفاؤه غشاً واحتيالاً على القانون فيجوز إثباته بالبينة الشفويه"[149].

اعتمد المشرع والقضاء في هذه القاعدة على أن الدليل الكتابي أقوى من باقي البينات، وبناء عليه فلا يجوز نقض الدليل القوي بدليل أضعف منه، عدا عن أن وجود دليل كتابي بشأن الالتزامات التعاقدية يفيد إلى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة بالنسبة لما يتضمنه العقد، إلا إذا وجد غش أو تحايل على القانون، فإنه يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[150]. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر سنة 1994 على ما سبق بالقول:" ......لا تقبل البينة الشخصية لإثبات التعديل في شروط عقد الإيجار عملاً بالمادة 1/29 من قانون البينات التي لا تجيز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ما دام أن الخصم قد اعترض على سماعها"[151].

إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، ويجوز الاتفاق على خلافها حيث أن المادة (68/أ) قد بينت ذلك بالقول:" فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

---

[148] يطابقها نص المادة 29 من قانون البينات الأردني، والمادة 61 من قانون الإثبات المصري

[149] نقض مدني، 2004/14، قرار رقم 63، الصادر بتاريخ 4/19/ 2004، نقلا عن: غزلان، عبدالله: **مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله**، ج2، ط1، ص382

[150] العبودي، عباس: **شرح أحكام قانون البينات**، الإصدار الثاني، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص161

[151] قرار رقم 93/925، الصادر سنة 1994 نقلا عن: المرجع السابق، ص161

كما أن المشرع الفلسطيني قد أورد استثناءات عدة على هذه القاعدة في قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001، بحيث يجيز الإثبات فيها بالبينة والقرائن بدلا من الكتابة، حيث جاء في المادة (71) من القانون ذاته ما يلي:" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية :

1-إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر في حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

2- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد، ويعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته.

3- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب لا يد له فيه.

4- إذا طعن في العقد بأنه ممنــوع بمقتضـــى القــانون أو مخــالف للنظــام العــام والآداب.
5- إذا طعن في العقد بأن الظروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غش أو تدليس أو إكراه أو أي عيب آخر من عيوب الإرادة"[152].

تبين لنا هذه المادة الحالات التي يجيز فيها المشرع الإثبات بالبينات والقرائن بدلا من الكتابة، وقد بينت الفقرة الأولى منها أن كل كتاب يصدر من الخصم وممكن أن يجعل التصرف قريب الاحتمال، فإنه يعد مبدأ ثبوت بالكتابة، وبناء عليه فإن إثبات صورية العقد قد تكون بالعقد المستتر أو أي إقرار خطي أو أي ورقة تفيد بأن العقد الظاهر هو صوري، فإنه يمكن الاعتماد عليه لإثبات صورية العقد.

---

[152] يقابلها المادة 30 من قانون البيّنات الأردني والمادة 63 من قانون الإثبات المصري

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1992/10/29 حيث جاء فيه:" ... أنه وإن كان صحيحاً أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة إلا أن المشرع أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة....."[153].

كما أن الفقرة الثانية تنص على حالة وجود المانع الأدبي، والمانع الأدبي يقصد به:" أن يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي ظروفاً نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام الالتزام التعاقدي"[154]. وبناء على ذلك فإن الأب الذي يبيع لزوجته أو لابنه جزءاً من أمواله، نادراً ما يحصل على دليل كتابي لإثبات صورية التصرف.

أيضا في حال فقدان الدائن للسند الخطي بسبب لا يد له فيه أو كان العقد مخالفاً للنظام العام والآداب أو كان قد أحاط تنظيم العقد ظروف شابها الغش والتدليس، ومثال ذلك لو أن سيدة اتفقت مع شخص على أن تبيعه شقة مملوكة لها بيعا صورياً وأن تأخذ ورقة ضد تثبت الصورية، ولما صدر منها عقد البيع سلمها ورقة ضد وعليها توقيع توهمت أنه توقيعه في حين أنه لم يكن هو الذي وقع عليها غشا منه لها، بل وقعها شخص آخر. إلا أن الغش قد يقع بعد إتمام العقد خلافاً لما سبق، فإن هذا الغش ما كان ليمنع الحصول على دليل كتابي بالصورية قبل حصوله، وبناء عليه فإنه يجب إثبات صورية التصرف بالكتابة[155].

2- الدعوى المرفوعة من الغير ضد أحد طرفي التصرف الصوري أو ضد الغير:

يقع عبء الإثبات في كل الأحوال على من يدعي الصورية، فقد يكون المدعي هو الغير والمدعى عليه أحد أطراف العقد، وقد يكون المدعي هو أحد أطراف العقد والمدعى عليه هو الغير، وقد يكون المدعي من الغير والمدعى عليه من الغير، ففي كل الأحوال يكون عبء الإثبات على المدعي بالصورية.

وبناءً على ذلك، إذا أراد الغير أن يتمسك بالعقد المستتر فعليه إثبات صورية العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات في مواجهة أطراف العقد باعتبارها بالنسبة له واقعة قانونية، حتى ولو كان

---

[153] عبد التواب، معوض: **الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض**، ص347

[154] العبودي، عباس: **شرح أحكام قانون البينات**، مرجع سابق، ص158

[155] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص150

العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة، وقد بيّن المشرع الأردني ذلك في الفقرة الأولى من المادة (368) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة1976 بالقول:"1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم". وذلك لأنه لا يتصور حصول الغير على دليل كتابي يظهر صورية العقد، بل أن الصورية أصلا تكون موجهة ضده. كما أن الغاية من حرية الإثبات هي حماية حقوق الغير حسن النية، وتحقيق مبدأ استقرار المعاملات[156].

أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد ضد الغير، فإنه لا يجوز إثبات صورية العقد الظاهر إلا بالكتابة، ومع ذلك فإنه يجوز إثبات وجود الغش أو التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة قانونية. لكن إذا كانت الدعوى مرفوعة من الغير ضد الغير، فإن لكليهما الحق في إثبات صورية أو عدم صورية العقد الظاهر بكافة طرق الإثبات[157].

والخلاصة أن الدعوى الصورية إذا كانت مرفوعة من قبل أحد أطراف العقد، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات، لعدم وجود نص يبين كيفية إثبات صورية العقد الظاهر من قبل أحد المتعاقدين، وبالتالي فإن الأصل إثبات صورية العقد الظاهر بالكتابة، إلا إذا وجدت إحدى الاستثناءات السابق ذكرها، فإن الإثبات يكون بكافة طرق الإثبات، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الغير، فإن المشرع الأردني قد جعل لهم الحق في إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات، لأنه من غير المستساغ تطلب الإثبات بالكتابة من أشخاص ليسوا أطرافاً فيه.

الفرع الرابع: أثر الحكم في الدعوى الصورية: لمعرفة أثر الحكم في الدعوى الصورية فإنه يجب التمييز ما بين الحكم بالصورية المطلقة والحكم بالصورية النسبية. فبالنسبة **للحكم بالصورية المطلقة** فقد اختلف الفقهاء على أثر الحكم فيها، فمنهم من نادى بتطبيق قاعدة نسبية الأحكام، وبالتالي فإن أثر الحكم لا يتعدى الدائن الذي رفع الدعوى وحده دون سائر الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى معه، وهذا ما ينادي به أغلبية الفقه في فرنسا[158].

---

[156] العمروسي، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، مرجع سابق، ص118

[157] الشواربي، عبد الحميد و الدناصوري ، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص155

[158] مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، مرجع سابق، ص398

أما الفريق الآخر فيرى أن أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية لا يسري على الخصـــمين وحدهما، بل يسري على جميع الدائنين، وذلك لأن الحكم الذي يؤكد صورية العقد، إنمـــا يقـــرر عدم وجوده، وبذلك فإن أملاك المدين لم تخرج من ذمته المالية، مما يعنـــي أن كافـــة الـــدائنين يمكنهم التنفيذ على المال موضوع التصرف الصوري، لأنه ما زال داخلا في ضمانهم العام [159].

يرى الباحث أن الرأي السديد في هذا الموضوع هو الرأي الثاني، حيث أن الهدف الأساســـي من القضاء هو تحقيق العدل والمساواة بين كافة الدائنين، كما أن الغاية من الـــدعوى الصـــورية أصلاً هي إثبات صورية التصرف، بمعنى أن العقد الظاهر لا وجود قانوني له، وبالتالي لا يعقل أن يكون العقد له وجود قانوني بالنسبة للغير الذين لم يدخلوا في الـــدعوى، ولا يكـــون كـــذلك بالنسبة للأشخاص الذين دخلوا في الدعوى، كما أن نسبية اثر الحكم تؤدي إلى إثقال العبء على كاهل المحكمة وازدياد عدد القضايا في نفس الموضوع والمحل والسبب، وقد تصـــدر قـــرارات متناقضة بخصوص نفس العقد، فيصدر قرار يؤكد صورية هذا العقد وآخر ينفي صورية هـــذا العقد، وبالتالي فان أثر الحكم يجب أن يستفيد منه الكافة أفضل من أن يستفيد منه رافع الـــدعوى وحده.

أما بالنسبة للحكم بالصورية النسبية: إن أثر الحكم بالصورية النسبية يقتصر علـــى الاعتـــداد بالتصرف الحقيقي من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ، ففي حال أخفى المتعاقـــدان عقـــد الهبة في صورة عقد بيع فإن ذلك لا يعد سبباً لبطلان العقد، وإنما تطبيق أحكـــام الهبـــة علـــى التصرف وليست أحكام البيع، لان العقد أصلاً مشروع، أما إذا كان العقد الظاهر يخفـــي عقـــدا مخالفا للقانون فإن هذا العقد يعتبر باطلا، ومثال ذلك إذا اخفي عقد القرض عقدا بدين قمار، فإن هذا العقد يعتبر باطلاً، وذلك لأنه مخالف للقانون والنظام العام، وليس بناء على تطبيـــق أحكـــام الصورية[160].

أخيراً نخلص إلى أن الدعوى الصورية لها أهمية كبيرة في المحافظة على حقـــوق أطـــراف العقد، والمحافظة على حقوق الدائنين، والمحافظة على حقوق الخلف العام والخلـــف الخـــاص، كذلك فهي كغيرها من الدعاوى التي يستطيع من خلالها كل صاحب مصلحة أن يحـــافظ علـــى

---

[159] عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص505

[160] الشواربي، عبد الحميد والدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، مرجع سابق، ص232

حقوقه. وقد لاحظنا أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين بعض الدعاوى الأخرى، وبيّنا كيفية إثبات صورية العقد، وتطرقنا إلى تقادم الدعوى الصورية ووجدنا القصور عند المشـــرع المصـــري والأردني في هذا الموضوع فلم يبين أي منهما مدة تقادم للدعوى الصورية أو عدم وجود مـــدة تقادم أصلاً كما فعل كلا القانونين بالنسبة للدعوى البوليصية، بل ترك الأمر لاجتهـــادات الفقـــه والقضاء وهي مسألة كان يجب تداركها. وأخيراً بينا أثر الحكم الصادر في الدعوى الصـــورية ووجدنا أن اثر الحكم يجب أن يستفيد منه كل من له مصلحة وليس رافع الدعوى وحده.

الخاتمة

يلجأ كثير من الأفراد إلى الصورية في التعاقد، من أجل إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو شعار مظهر كاذب، مما يجعلنا نكون بصدد تصرفين قانونيين، لكل منهما آثاره القانونية المستقلة التي تترتب على أطراف العقد أو على الغير، وبناءً عليه، فإننا نعرض النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

1- على الرغم من معرفة الفقه الإسلامي للصورية، إلا أنه لم يضع لها قاعدة عامة أو تعريفاً جامعاً تدخل تحته جميع حالات الصورية، بل أن الفقه الإسلامي عالج كل حالة على حده حسب الظروف والوقائع التي حصلت وقت التصرف.

2- يجب أن تجتمع شروط الصورية مع بعضها البعض في آن واحد، وإلا نكون بصدد وصف قانوني آخر. وشروط الصورية هي: وجود شخصين على الأقل، ووجود عقدين، والمعاصرة الذهنية بين العقدين، واختلاف العقدين من حيث الطبيعة والشروط والأركان. فإذا تخلف أحد هذه الشروط، كنا بصدد تصرف آخر غير الصورية، فإذا تخلف شرط التعاصر الذهني على سبيل المثال فإننا سنكون بصدد عقد لاحق يعدل في شروط وأركان عقد سابق.

3- يتجه الفقه الحديث نحو الاعتماد على المعيار الموضوعي في تحديد أنواع الصورية، سواء أكانت صورية مطلقة أو نسبية، وذلك لأن المعيار الموضوعي يتعامل مع وقائع مادية يسهل إثباتها. والمعيار الموضوعي هو الذي ينظر فيه إلى محل الالتزام لا إلى أشخاصه.

4- إن الباعث من وراء الصورية هو الذي يحدد مشروعيتها أو عدم مشروعيتها، فإذا كان الباعث من وراء الصورية التحايل على القانون، فإن الصورية تكون غير مشروعة ويترتب عليها البطلان، أما إذا كان الباعث إليها جلب منفعة لأطرافها دون الإضرار بالغير، فإن الصورية تكون مشروعة ولا يترتب عليها البطلان.

5- لقد جمعت معظم التشريعات بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ استقرار المعاملات في وضع أحكام الصورية. فاعتمدت على مبدأ سلطان الإرادة في تحديد الآثار القانونية التي تترتب على

الصورية بين المتعاقدين وخلفهما العام، واعتمدت على مبدأ استقرار المعاملات في بيان الآثار القانونية التي تترتب على الصورية بالنسبة للغير. ومفهوم الغير لا يقتصر على دائني المتعاقدين وخلفهما العام فقط، إنما ينصرف إلى كل من له مصلحة في التمسك بالصورية.

6- تشترط معظم القوانين شكلية معينة في بعض العقود لتصبح ملزمة لأطرافها وقابلة للتنفيذ، فإذا تطلب أحد العقدين شكلية معينة، فإن معظم القوانين تشترط الشكلية في العقد الظاهر فقط دون العقد الحقيقي.

7- لم يعالج المشرع الأردني أو المصري مسألة تقادم الدعوى الصورية، بل ترك الأمر مفتوحاً لاجتهادات الفقه والقضاء. فمن الفقهاء من ذهب إلى انقضاء الدعوى الصورية بالتقادم وذلك من أجل استقرار المعاملات، ومنهم من ذهب إلى أن الصورية لا تنقضي بالتقادم لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها.

8- يقع عبء الإثبات في الدعوى الصورية على من يدعيها، إلا أن طرق إثبات الصورية تختلف إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد أطراف العقد ضد الطرف الآخر، أو من الغير ضد طرفي التصرف الصوري أو الغير. فإذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل أحد أطراف العقد، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات، لعدم وجود نص يبين كيفية إثبات صورية العقد الظاهر من قبل أحد المتعاقدين، ، أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الغير، فإن المشرع الأردني قد جعل لهم الحق في إثبات صورية العقد بكافة طرق الإثبات، لأنه من غير المستساغ تطلب الإثبات بالكتابة من أشخاص ليسوا أطرافاً فيه.

التوصيات:

1. أوصي المشرّع الفلسطيني بضرورة النص على تقادم الدعوى الصورية، وبضرورة تحديد مدة لذلك، ونقترح أن تكون المدة خمس عشرة عاماً بحيث لا تسمع الدعوى الصورية بانتهائها.

2. أوصي المشرع الفلسطيني بضرورة بيان الحكم في العقود التي تشترط شكلية معينة لإتمامها، وبيان أي العقدين التي يجب أن تتوافر فيه الشكلية المطلوبة. على الرغم أن الباحث يقترح الأخذ بما ذهب إليه الفقه الحديث واعتبار الشكلية مطلوبة في العقد الظاهر وليس العقد الصوري.

3. أوصي المشرع الفلسطيني بضرورة النص على شرط التعاصر الذهني بين العقد الصوري الظاهر والعقد الحقيقي وبيان أهميته، وذلك لأنه يترتب على فقدان هذا الشرط تغير الوصف القانوني للتصرف الذي قام به أطراف العقد.

4. ضرورة العمل على اختصار إجراءات المحاكم، وتسريعها في الدعاوى الصورية، وذلك من أجل تحقيق الغاية منها في المحافظة على حقوق الدائنين.

5. أوصي المشرع الفلسطيني بضرورة وضع عقوبة على من يبرم العقود الصورية في حال كانت الغاية منها غير مشروعه، كما نوصي المشرع الفلسطيني باتخاذ إجراءات ووضع قيود تحد من اللجوء إلى إبرام عقود صورية.

المصادر والمراجع

أولاً : المصادر:

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948
2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976
3. قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960
4. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001
5. قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968
6. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (26) لسنة 2002
7. قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001
8. قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952
9. قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968
10. مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003
11. مجلة الأحكام العدلية
12. مجلة الأحكام الشرعية
13. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني
14. المنجد في اللغة العربية، ط35، بيروت، دار المشرق

ثانياً: المراجع:

1. أبو الوفا، احمد: **المرافعات المدنية والتجارية،** ط15، الإسكندرية، منشأة المعارف، د سنه.

2. احمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني،** ط1، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

3. الأهواني، حسام الدين كامل: **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)،** د.ط، د. بلد، دار أبو المجد للطباعة.1996.

4. الحلالشه، عبدالرحمن احمد جمعة:**الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (آثار الحق الشخصي) –أحكام الالتزام،**ط1،عمان/الأردن،دار وائل للنشر والتوزيع.

5. حيدر، علي/ تعريب الحسيني، فهمي: **درر الحكام (شرح مجلة الأحكام)،** د.ط، حيفا، المطبعة العباسية،1925

6. دواس، أمين: **أحكام الالتزام،** ط1، رام الله ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، دون سنه.

7. الديب، محمود عبد الرحيم: **الحيل في القانون المدني(في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)،** دون ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004.

8. الذنون، حسن علي والرحو،محمد سعيد: **الوجيز في النظرية العامة للالتزام (الجزء الثاني أحكام الالتزام)،** ط1، الأردن–عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2004.

9. السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد:**شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)،** ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

10. سلطان، أنور: أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام) ،د. ط، بيروت، دار النهضة العربية للطاعة والنشر، 1980.

11. السنهوري، عبدالرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني(2)، (نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام)،** المجلد الثاني,د.ط، د.بلد، د.ناشر، د.سنه.

12. السنهوري، عبدالرزاق احمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام– الاثبات –اثار الالتزام)**، ج2، ط3 جديده، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2009

13. المستشار.شعله، سعيد احمد: **قضاء النقض المدني في عقد البيع**، دون بلد، دون ناشر، دون سنه.

14. شلالا، نزيه نعيم: **دعوى الصورية**، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.

15. الشواربي، عبد الحميد والدناصوري، عزالدين: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**، ط5، د. م. نشر، د. ناشر، 1997.

16. الصده، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام**، (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1979.

17. عبد التواب، معوض:**المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني**، الجزء الأول، ط4، الإسكندرية، منشأة المعارف،1998.

18. عبد التواب، معوض: **الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض**، ط7، طنطا، مصر، د. ناشر، 2003.

19. عبدالله، سامي: **نظرية الصورية في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، دون ط، بيروت، دون ناشر، 1977.

20. العبودي، عباس: **شرح أحكام قانون البينات**' الإصدار الثاني، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

21. العدوي، جلال علي: **أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**، د.ط، الإسكندرية، الدار الجامعية، د. سنه.

22.العمروسى، أنور: **الصورية وورقة الضد في القانون المدني**، ط2، مصر، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999.

23.العوجى، مصطفى: **القانون المدني، الجزء الأول، العقد (مع مقدمة في الموجبات المدنية)**، ط، لبنان، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، 1995.

24.طلبه، أنور: **عقد البيع في ضوء قضاء النقض**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، دون ط، دون سنه.

25.الفار، عبدالقادر: **أحكام الالتزام (آثار الحق في القانون المدني)**، ط 1، الإصدار الثامن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

26.الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**، ط 1، عمان، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، 2001.

27.الفتلاوي، صاحب والفضل، منذر: **شرح القانون المدني (العقود المسماة)**، د.ط، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.

28.الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية (البيع-الإيجار-المقاولة)، ط2**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،1997.

29.الفكهاني، حسن وآخرون: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، الجزء الخامس، د.ط، القاهرة، الدار العربية للموسوعات،2001.

30. مختار، احمد هاني: **الصورية (أنواعها وإجراءاتها)**، د.ط، د.بلد،د. ناشر، 2005

31.مرزوق، احمد: **في نظرية الصورية في التشريع المصري**، د.ط، مصر، مطبعة نهضة مصر، د.س.

32.المصري، محمد وليد هاشم: **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، ط1، عمان، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2003.

33. منصور، محمد حسين: **النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)**، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006.

34. النووي، يحيى بن شرف: **رياض الصالحين**، ط2، القاهرة، مكتبة الصفا، 1424ه-2003م.

35. دراسات، علوم الشريعة والقانون ،المجلد33، العدد2، 2006.

ثالثاً: مجلات:

1- مجلة المحامون، مجلة قانونية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، العددان الخامس والسادس، السنة 67، دمشق، 2002

رابعاً: مواقع الانترنت:

1- http://law.kuniv.edu.kw/mashael ، بتاريخ 2009/2/8.

2- www.startimes2.com ، بتاريخ 2009/2/17.

3- www.f-law.net/law/showthread.php، بتاريخ 2009/3/15.

4- www.shaimaaatalla.com ، بتاريخ 2009/4/29.

5- **http://tanweer.sdبتاريخ 2010/9/15**

6- http://www.dralsherif.netبتاريخ 2010/9/15

7- http://ecfatawa.al-islam.com بتاريخ15/ 2010/9

8- http://muqtafi.birzeit.edu/ 2010/8/15

An – Najah National University

Faculty of Graduate Studies

Moot cntract

"A comparative study "

Prepared by

Arafat nawaf fahmi mardawi

Supervisor

Dr. Yousouf Shandi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the degree of Master of Private law, Development, Faculty of Graduate Studies at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2010

Moot contract
"A comparative study "
Prepared by
Arafat nawaf fahmi mardawi
Supervisor
Dr. Yousouf Shandi

ABSTRACT

This study aimed at identifying the legal implications of moot behaviors in jurisprudence and judiciary. The comparative analytical descriptive approach has been adopted in the preparation of this study. The researcher has analyzed a number of legal texts in a number of Arab legislation, particularly in Jordan and Egypt to find out their directions on the subject and develop the criteria that they adopted in explaining the legal implications of moot.

The researcher has displayed the view of jurisprudence in cases not provided for by law, looking for the considerations underlying each direction in showing the implications thereof. Despite the difficulty of access to the resolutions on the subject, the researcher has also highlighted the position of the Arab judiciary of moot and its implications, in addition to the basis adopted by the courts in making these decisions.

In the end, the study has stated that indicating the implications of moot - though difficult- is very important, as it has to address the gaps in the legal texts relating to moot. The researcher hasn't biased to a specific jurisprudential view, but he has displayed the advantages and disadvantages of each of them.

Moreover, the researcher has considered justice and the prior right of parties to know the legal implications of the actions they make, in addition to maintaining the judicial stability through avoiding the conflict of judicial decisions in similar issues. The study has concluded that the legal texts regulating the subject of moot must be modified in order to avoid defects and eliminate gaps therein.